Pratiques anticoncurrentielles en matière de prix et *Loi sur la concurrence*
Doctrine, droit et pratique

J. Anthony VanDuzer
Gilles Paquet
Université d'Ottawa

Le 22 octobre 1999

Pratiques anticoncurrentielles en matière de prix et *Loi sur la concurrence*
Doctrine, droit et pratique

TABLE DES MATIÈRES

Sommaire v

Introduction 1
Contexte 1
Portée de l'examen 2

PARTIE I **Élaboration de la politique-cadre de la concurrence visant les pratiques anticoncurrentielles en matière de prix** 3

Introduction 3
Analyse économique 5
Introduction 5
Discrimination par les prix 5
Prix d'éviction 9
Maintien des prix 15
Défi de la nouvelle économie 18
Facteurs à prendre en considération concernant la politique-cadre de la concurrence pour les pratiques anticoncurrentielles en matière de prix 22

PARTIE II **Dispositions de la *Loi sur la concurrence* visant les pratiques anticoncurrentielles en matière de prix** 26

Économie générale de la *Loi sur la concurrence* 26
Introduction 26
Discrimination par les prix 26
Prix d'éviction 27
Maintien des prix 27
Abus de position dominante 28
Autres dispositions 28
Discrimination par les prix 28
Analyse générale 28
Discrimination par les prix - Lignes directrices pour l'application de la Loi 30
Comparaison avec les États-Unis et l'Europe 33

101-02579/

Évaluation 35
Prix d'éviction 38
Analyse générale 38
Prix d'éviction - Lignes *directrices pour l'application de la Loi* 41
Comparaison avec les États-Unis et l'Europe 44
Évaluation 46
Maintien des prix 49
Analyse générale 49
Comparaison avec les États-Unis et l'Union européenne 52
Évaluation 53
Abus de position dominante 54
Analyse générale 54
Application aux prix anticoncurrentiels 57
Comparaison avec les États-Unis et l'Union européenne 58
Évaluation 59

Partie III **Application des dispositions de la *Loi sur la concurrence* par le Bureau** 63

Introduction 63
Processus de traitement des plaintes 63
Rapport statistique de l'expérience en matière d'application de la loi 64
Autres observations concernant l'application de la loi 72
Critères de sélection des dossiers 73
Introduction 73
Description des critères de sélection des dossiers 74
Application aux pratiques en matière de prix 75
Évaluation de l'expérience en matière d'application 78

Partie IV **Éléments d'un régime de concurrence – sommaire et conclusions** 83

Introduction 83
Conclusions concernant certains types de pratiques anticoncurrentielles
en matière de prix 83
Discrimination par les prix 83
Prix d'éviction 86
Maintien des prix 89
Commentaires généraux 92
Relever le défi de la nouvelle économie 92
Mobiliser le savoir-faire spécialisé du personnel 93
Les limites des lignes directrices 94
Amélioration de la stratégie de communication 95

Recommandations 96

NOTES 100

ANNEXES

Annexe 1 Termes de référence de l'examen A-2
Annexe 2 Dispositions pertinentes de la *Loi sur la concurrence* A-3
Annexe 3 Bibliographie A-16
Annexe 4 Entrevues A-32
Annexe 5 Auteurs du rapport A-34

Sommaire

Pratiques anticoncurrentielles en matière de prix et *Loi sur la concurrence*
Doctrine, droit et pratique

par J. Anthony VanDuzer et Gilles Paquet, Université d'Ottawa

Introduction

Les pratiques anticoncurrentielles en matière de prix font fréquemment l'objet de plaintes auprès du Bureau de la concurrence. Au cours de la période de cinq ans débutant le 1er avril 1994, le Bureau a été saisi de 931 plaintes faisant état de pratiques déloyales en matière de prix, telles que les prix d'éviction, la discrimination par les prix et le maintien des prix. Toutefois, en dépit du nombre important de plaintes sur les pratiques en matière de prix, relativement peu ont abouti à des enquêtes officielles et encore moins à des procès donnant gain de cause à la partie plaignante.

Récemment, des préoccupations ont été soulevées dans le cadre du projet de loi C-235, proposé par un député pour modifier la *Loi sur la concurrence* dans le but de mieux faire échec à certains types de pratiques anticoncurrentielles en matière de prix. Après avoir examiné le projet de loi, le Comité permanent de l'industrie a décidé de se pencher sur les dispositions de la *Loi sur la concurrence* se rapportant aux prix et sur leur mise en application.

En prévision de l'examen du Comité de l'industrie, en juin 1999, le commissaire a demandé aux auteurs du présent rapport de mener une étude indépendante au sujet des dispositions de la *Loi sur la concurrence* portant sur les pratiques anticoncurrentielles en matière de prix et sur leur application par le Bureau.

PARTIE I Élaboration de la politique-cadre de la concurrence visant les pratiques anticoncurrentielles en matière de prix

Introduction

Le paragraphe 1.1 de la *Loi sur la concurrence* décrit en ces termes l'objet de la loi canadienne sur la concurrence :

> la présente loi a pour objet de préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l'adaptabilité et l'efficience de l'économie canadienne, d'améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux tout en tenant simultanément compte du rôle de la concurrence étrangère au Canada, d'assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne, de même que dans le but d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits.

Le paragraphe 1.1 a été interprété par le Bureau comme ratifiant le principe selon lequel la *Loi sur la concurrence* vise à assurer le maintien et la promotion de la concurrence en tant que mécanisme, et non la protection des concurrents. Cette interprétation reconnaît que l'une des caractéristiques normales de la concurrence est que certains concurrents ne peuvent être prospères, ni même survivre alors que d'autres prospèrent en raison de leur rendement supérieur à celui de leurs concurrents. Cet effet dynamique de la concurrence est essentiel pour garantir la concrétisation des gains en efficience que procure le mécanisme. Une baisse de la concurrence devrait être autorisée dans l'intérêt de l'efficacité lorsque le survivant est un concurrent plus efficient, que la baisse n'est pas provoquée par une conduite anticoncurrentielle et que le marché demeurera suffisamment concurrentiel, compte tenu de la concurrence potentielle et réelle. Naturellement, protéger les mécanismes de la concurrence revient à protéger les concurrents dans certaines situations, lorsqu'ils sont menacés par une conduite anticoncurrentielle ou qu'un nombre insuffisant de concurrents demeureraient en lice. Or, il est extrêmement difficile d'établir une distinction entre une conduite anticoncurrentielle et un comportement de marché acceptable et de déterminer quel niveau de concurrence est suffisant.

Cependant, comme l'objet de la *Loi sur la concurrence* énonce qu'il y a lieu de privilégier la concurrence dans le but d'assurer à certaines catégories d'entreprises une chance honnête de participer à l'économie canadienne, certains concurrents pourraient en toute légitimité s'attendre à bénéficier d'une plus grande protection de la loi que ne le commanderait un engagement visant uniquement les mécanismes de la concurrence et reposant exclusivement sur des facteurs d'efficacité. En d'autres termes, l'objet de la loi peut être interprété comme exprimant de la part du législateur l'intention d'interdire un comportement anticoncurrentiel, même lorsque la stratégie adoptée a pour effet d'éliminer un concurrent moins efficace et qu'il reste suffisamment de concurrents sur le marché. À cet égard, assurer à la petite et la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne pourrait conduire à des compromis difficiles en ce qui concerne la concurrence et la promotion de l'efficacité.

En ce qui a trait aux pratiques anticoncurrentielles en matière de prix, la difficulté de respecter des intérêts parfois opposés est encore accentuée par les différentes interprétations, au fil du temps, des répercussions économiques et de l'incidence probable de pratiques de prix potentiellement anticoncurrentielles. Les changements intervenant sur le marché rendent également difficile la conception de règles efficaces en matière de concurrence. Le défi consiste à veiller à ce que la loi continue à atteindre ses objectifs, au fil de l'évolution des marchés auxquels elle s'applique.

Analyse économique

Introduction

Dans l'ensemble, l'analyse économique de la politique de la concurrence s'intéresse à la façon de protéger les mécanismes de la concurrence en veillant à ce que les marchés fonctionnent de manière efficace. La difficulté consiste à concevoir un régime prévoyant une mesure corrective lorsque le comportement en matière de prix a réellement pour effet de détruire une concurrence qui améliore l'efficacité et, dans cette optique, il y aurait lieu de considérer comme anticoncurrentielle toute pratique de prix qui peut faire en sorte que les prix et d'autres conditions de la vente soient moins favorables aux consommateurs qu'ils ne le seraient autrement. Dans cette partie, nous analysons les circonstances dans lesquelles les pratiques en matière de prix sont considérées comme anticoncurrentielles en vertu de la théorie économique.

Discrimination par les prix

On parle de discrimination par les prix lorsqu'un vendeur vend le même produit à des prix différents à différents consommateurs, qu'il s'agisse d'autres entreprises ou de consommateurs finals et lorsque cette différence de prix n'est pas attribuable au coût de la vente à une catégorie donnée de clients. Trois conditions doivent être réunies pour qu'on parle de discrimination par les prix.

1. L'entreprise doit avoir suffisamment de *puissance commerciale* pour établir les prix (autrement, les clients à qui l'on demande des prix plus élevés choisiraient de faire leurs achats auprès d'un fournisseur concurrent).
2. L'entreprise doit être capable d'identifier différentes catégories de clients ayant *différents niveaux de sensibilité au prix* du produit, ou plus précisément différentes élasticités de la demande par rapport au prix. Ces différences peuvent découler de modes d'utilisation du produit, de niveaux de revenus ou de besoins différents.
3. La *possibilité pour les clients de faire de la revente entre eux doit être limitée*. Les clients qui paient un prix peu élevé ne doivent pas avoir la possibilité de vendre le produit à ceux qui le paient plus cher.

Il est relativement facile de trouver des preuves tangibles confirmant l'existence de chaque forme de discrimination. Toutefois, la discrimination par les prix n'est pas en soi anticoncurrentielle. À vrai dire, il est extrêmement difficile de relever des indices simples permettant de déterminer qu'une forme donnée de discrimination par les prix est anticoncurrentielle. Cela dépend en grande partie des circonstances propres à chaque cas. La discrimination est souvent préférable à l'absence de discrimination.

Si la discrimination par les prix ne fait que favoriser l'expansion sur le marché, il en résulte un accroissement du bien-être. Si nous prenons pour hypothèse que certains groupes de consommateurs n'achèteraient pas

normalement un produit donné au prix exigé par le vendeur si ce dernier devait s'en tenir à une stratégie d'établissement des prix valable pour tous, il serait alors plus avantageux pour ces groupes que le vendeur soit en mesure et désireux de leur vendre le produit à un prix inférieur. Dans un tel cas, la discrimination par les prix peut accroître la production intérieure et le bien-être. Les acheteurs qui paient moins cher sont avantagés mais ceux qui achètent au prix qu'on leur facturerait autrement ne sont pas désavantagés.

Dans la mesure où l'auteur de la discrimination fait payer aux consommateurs un prix plus élevé que si la discrimination était interdite, la discrimination impose une perte aux consommateurs qui payent le prix le plus élevé. La façon dont on considère l'effet distributif dépend de divers facteurs, y compris le fait que l'auteur de la discrimination vende ou non ses produits à un prix inférieur au prix qu'il aurait facturé dans un régime de prix unique et que la discrimination entraîne ou non des gains en efficience. Par exemple, cette stratégie doit permettre à l'auteur de la discrimination d'accroître le rendement de sa production.

Bref, les conséquences de la discrimination sont difficiles à caractériser sur le plan théorique. Toute disposition du droit de la concurrence visant à faire échec à la discrimination anticoncurrentielle par les prix devrait viser exclusivement la discrimination par les prix qui y est définie. Du fait que l'existence et la nature de tout effet anticoncurrentiel dépendent des circonstances particulières dans lesquelles s'exerce la discrimination dans chaque cas, il sera aussi nécessaire d'appliquer le critère des effets sur la concurrence. L'évaluation des effets de la discrimination au niveau de la concurrence est difficile, et nécessite des données significatives et des prévisions microéconomiques ardues concernant la demande et les autres variables.

Prix d'éviction

On parle de prix d'éviction lorsqu'une entreprise vend temporairement ses produits à des prix particulièrement bas de manière à empêcher de nouveaux concurrents d'entrer sur le marché, ou à évincer ou à pénaliser ses concurrents. Bien que les entreprises qui se battent pour rester en lice se plaignent couramment des bas prix, dans la pratique il est difficile de distinguer les prix d'éviction d'une concurrence agressive.

Avant les années 80, les prix d'éviction étaient considérés par les économistes comme un fait rare. Cette idée reposait sur l'hypothèse selon laquelle une entreprise ne pouvait raisonnablement adopter cette stratégie sur le plan financier que si elle avait des perspectives raisonnables de récupérer ses pertes après une campagne fructueuse de bas prix. Par ailleurs, les perspectives de récupération sont jugées faibles en l'absence d'obstacles de taille à l'entrée sur le marché. Si une entreprise censée pratiquer des prix d'éviction vend ses produits à des prix élevés après avoir réussi à éliminer ses concurrents ou à dissuader des concurrents d'entrer sur un marché où les obstacles sont faibles, d'autres entreront sur ce même marché pour tirer parti des prix élevés qu'il sera alors impossible de maintenir.

Récemment, les auteurs de certaines théories complexes ont laissé entendre qu'il existe un plus large éventail de circonstances où l'établissement de prix d'éviction peut être considéré comme une stratégie

raisonnable. Les prix d'éviction sont susceptibles de porter fruit lorsque le prédateur a un meilleur accès au capital que la victime. Une entreprise peut avoir recours aux prix d'éviction pour se créer une réputation de dureté qui peut être suffisante, par la suite, pour dissuader en permanence des rivaux d'entrer sur le marché et lui permettre d'augmenter ses prix pour récupérer l'investissement de ses agissements abusifs. À l'arrivée d'une nouvelle entreprise, les entreprises occupant une position dominante sur un marché peuvent également avoir recours avec succès à l'abaissement des prix, pour envoyer à cette dernière un signal indiquant que la demande est faible ou que leurs coûts sont si peu élevés qu'elle ne pourra se permettre de réduire ses prix à ce niveau. Quel que soit la situation, le message sera qu'il n'y a aucune perspective d'entrée profitable sur le marché. Les entreprises peuvent adopter ce genre de comportement stratégique pour créer des obstacles à l'entrée.

Ces prix ne peuvent être considérés comme abusifs que lorsqu'ils sont inférieurs aux coûts du prédateur selon certains critères. La plupart des économistes conviennent que des prix inférieurs au coût marginal de production du prédateur sont susceptibles d'être abusifs, même si en raison de la difficulté d'évaluer le coût marginal, le coût marginal moyen est souvent utilisé comme mesure supplétive. De même, dans la plupart des cas, les prix supérieurs au coût total moyen ne seront pas des prix d'éviction. En ce qui concerne les prix situés entre le coût variable moyen et le coût total moyen, il ne constitueront des prix d'éviction qu'en fonction de la part du marché du prédateur, des obstacles à l'entrée et d'autres conditions du marché.

Selon certains auteurs, la preuve d'intention est utile pour établir une distinction entre de véritables pratiques d'éviction et une réduction des prix favorable à la concurrence. La difficulté associée à cette démarche est qu'il est souvent impossible de produire des preuves fiables de l'intention.

Les études empiriques ont mis en évidence des cas de prix d'éviction. Il n'y a toutefois pas unanimité concernant la prévalence de cette pratique.

On peut mettre en évidence différents indicateurs de base des pratiques d'éviction, dont aucun n'est toutefois concluant :

1. Puissance commerciale définie en fonction des parts du marché et des obstacles à l'entrée. En l'absence de puissance commerciale, les possibilités de récupérer les coûts d'une campagne d'éviction sont minces.

2. Politique de vente à des prix inférieurs aux coûts du prédateur, selon un critère quelconque.
   A) Lorsque les ventes se font à des prix inférieurs au coût total moyen et que le prédateur n'a aucune explication allant dans le sens de la concurrence, par exemple :
      (I) volonté d'être à la hauteur de la concurrence ou de s'adapter à des changements dans les conditions de la demande;
      (II) offre excédentaire.

B) Lorsque les ventes se font à des prix inférieurs au coût variable moyen.

3. Preuve de l'intention d'éviction.

Cette liste simple soulève, sans la résoudre, la difficulté de déterminer comment chacun de ces indicateurs peut être utilisé en pratique.

Maintien des prix

On parle de maintien des prix lorsqu'une entreprise essaie d'établir un prix minimum auquel une autre entreprise peut vendre son produit. Lorsqu'il y a maintien des prix sur l'axe horizontal entre rivaux qui s'entendent pour fixer leurs prix, il s'agit indubitablement d'une pratique anticoncurrentielle. En revanche, lorsque le maintien des prix est vertical, c'est-à-dire dans le cas où un détaillant accepte de ne pas vendre les produits d'un fournisseur grossiste à un niveau inférieur au prix précisé par ce dernier, l'incidence sur la concurrence est beaucoup plus difficile à évaluer.

La raison économique de l'interdiction en vertu du droit de la concurrence du maintien des prix de revente dans l'axe vertical est que cette pratique amoindrit la concurrence en limitant la capacité du détaillant à être concurrentiel en matière de prix. Elle conduit à des prix plus élevés pour les consommateurs, accroît les marges des détaillants et, en fin de compte, protège les détaillants inefficaces qui ne prospéreraient pas dans un environnement véritablement concurrentiel. En l'absence de maintien des prix, la concurrence élimine plus facilement les détaillants moins efficaces ce qui, à long terme, conduit à des réductions des prix et des coûts. Lorsque le maintien des prix est mis en œuvre par un fournisseur uniquement en réponse à la pression exercée par l'un de ses plus gros clients cherchant à éliminer la politique de bas prix des concurrents de ce client, le seul objectif peut être de protéger le gros client de la concurrence des prix.

Par ailleurs, l'efficacité est beaucoup mieux servie par la liberté de contrat et, selon de nombreux commentateurs, le maintien des prix de revente sur l'axe vertical devrait être autorisé, du moins dans certains cas. Les fournisseurs peuvent être désireux d'encourager les revendeurs à se livrer concurrence sur des variables explicites de la demande autres que le prix, notamment le service.
Le maintien des prix de revente donne alors aux détaillants la motivation requise pour offrir un bon service aux consommateurs, car ils n'ont pas à se faire concurrence sur le prix. Une autre explication rattachée à l'efficacité est que dans certains secteurs, notamment la haute couture, les fournisseurs peuvent tenir à protéger l'image de leur produit, laquelle pourrait être altérée si l'article était vendu au rabais ou utilisé comme produit d'appel.

Il est possible de dresser la liste de certains indices économiques relatifs au maintien vertical des prix anticoncurrentiels, à savoir :

1. La personne qui met en œuvre le maintien des prix (le « *fournisseur* ») possède une puissance commerciale sur le marché, par exemple les clients sont dans l'incapacité de changer de fournisseur;

2. Le fournisseur ne fonde pas ses activités sur l'efficience, à savoir le désir de donner un meilleur service ou d'empêcher des pratiques qui nuiraient à la marque, telles que la vente à perte ou la publicité trompeuse.

Défis de la nouvelle économie

L'économie canadienne est devenue de plus en plus concurrentielle par suite de la mondialisation, en partie en raison du processus soutenu de libéralisation des échanges. De même, dans certains secteurs, les réseaux de distribution ont subi d'importants changements. L'apparition de magasins de détail vendant en grandes quantités et du commerce électronique est à la fois une cause et un effet de l'accroissement de la concurrence. Et à un niveau encore plus fondamental, l'économie subit actuellement une transformation radicale : elle devient de plus en plus axée sur le savoir et stimulée par l'innovation. Les caractéristiques de la nouvelle économie énumérées ci-après peuvent nécessiter une reformulation de la politique de la concurrence par rapport aux pratiques anticoncurrentielles en matière de prix, en particulier les prix d'éviction : (1) accélération du changement technologique;
(2) gains croissants et coûts marginaux faibles ou nuls à mesure qu'augmente le nombre d'unité de production; (3) domination du marché par des entreprises susceptible d'être de courte durée, voire inexistante; et (4) caractère souhaitable de l'établissement de nouvelles normes pour l'industrie et avantages inhérents.

L'efficience légitime qui renforce la concurrence par la réduction des prix deviendra probablement plus répandue. Dans certains secteurs, les taux élevés d'innovation continueront à réduire les coûts. La perspective d'une baisse des coûts marginaux et d'une augmentation des gains, associée à une production accrue encouragera également l'adoption de stratégies de bas prix. Ces stratégies pourraient devenir plus communes dans les secteurs où l'établissement de la norme à l'échelle de l'industrie présente des avantages substantiels, notamment dans l'industrie des logiciels où la valeur d'un programme augmente avec le nombre d'usagers.

La technologie réduit les obstacles à l'entrée, à la fois par des innovations au chapitre du marketing et de la distribution — c'est le cas du commerce électronique — et par l'introduction de méthodes commerciales peu coûteuses. Lorsque l'on réunit différents facteurs, soit l'abaissement des obstacles à l'entrée et la multiplication des menaces émanant de nouveaux produits et technologies qui pèsent sur la position dominante d'entreprises sur certains marchés, les possibilités qu'une entreprise puisse tirer parti de son influence économique pour nuire à la concurrence se trouvent très nettement réduites. Parallèlement, l'une des caractéristiques d'un marché stimulé par l'innovation est que l'innovateur sera en position dominante, du moins pendant un certain temps, et que sa situation lui permettra probablement de réaliser des gains en

efficience associés à sa situation et de mettre d'autres innovations sur le marché.

Dans la nouvelle économie, la difficulté de définir avec exactitude les comportements anticoncurrentiels en matière de prix et d'adopter des mesures de répression pour y faire échec ne fera que s'accentuer et le Bureau de la concurrence devra être vigilant pour que ses politiques d'application de la loi soient adaptées aux exigences de la nouvelle économie en fonction desquelles elles doivent être conçues. En pratique, cela signifie que les autorités responsables de la politique de la concurrence devront de plus en plus mettre l'accent sur des objectifs d'efficience dynamique, plutôt que statique, dans l'analyse de leurs activités. L'efficience dynamique repose sur le principe voulant que l'innovation soit essentielle, que l'établissement d'une norme puisse être bénéfique aux consommateurs et qu'aucune norme, de toute façon, ne durera éternellement puisque les normes elles-mêmes sont le siège d'une vive concurrence.

PARTIE II Dispositions de la *Loi sur la concurrence* visant les pratiques anticoncurrentielles en matière de prix

Discrimination par les prix

Analyse générale

Une interdiction criminelle visant la discrimination par les prix a été introduite dans le droit canadien pour donner suite à des préoccupations indiquant que de gros acheteurs étaient en mesure d'utiliser leur puissance commerciale pour obtenir de leurs fournisseurs des escomptes indûment généreux. On trouvait que l'industrie de l'épicerie était particulièrement menacée par ce genre de comportement. L'objet de la disposition était de protéger les petites entreprises.

La disposition vise essentiellement à interdire aux fournisseurs d'accorder à un acheteur des concessions de prix qui ne sont pas offertes à des acheteurs rivaux du même article de qualité et de quantité similaires. La disposition renferme des limites importantes. Contrairement à la plupart des dispositions de la Loi, elle s'applique uniquement à la « vente » d'« articles ». Les autres types d'opérations, telles les baux,ne sont pas considérés; les ventes de choses qui ne sont pas des articles, par exemple les ventes de services, ne sont pas considérées.

Discrimination par les prix - Lignes directrices pour l'application de la loi

Les lignes directrices sur la discrimination par les prix publiées par le Bureau en 1992 prétendent énoncer la politique de mise en application appliquée par le Bureau, ainsi que la manière dont le Bureau interprète les dispositions relatives à la discrimination par les prix. Les lignes directrices donnent à penser qu'il serait improbable que le Bureau prenne des mesures contre un large éventail d'escomptes accessibles à l'acheteur qui remplit certaines conditions, par exemple l'exécution d'un service pour le vendeur. Ces types

d'escomptes ne devraient pas poser problème dans la mesure où ils sont accessibles à tous les acheteurs en concurrence les uns avec les autres.

Certains aspects des lignes directrices ont fait l'objet de critiques du fait qu'elles s'écartent de la formulation de la Loi. La règle selon laquelle les escomptes et autres concessions doivent être « accessibles » aux clients qui se font concurrence est interprétée d'une manière que certains jugent incompatible avec l'alinéa 50(1)*a)* et indûment rigoureuse du fait qu'elle exige des fournisseurs qu'ils offrent des escomptes à tous leurs clients dans certains cas.

En outre, les lignes directrices semblent établir une exclusion aux fins de la mise en application pour les ventes entre sociétés affiliées, alors qu'il n'en est pas fait état dans la Loi. Le Bureau peut considérer les opérations entre sociétés affiliées comme autre chose que des ventes et, à ce titre, elles ne sont pas sujettes à la disposition relative à la discrimination par les prix. Toutefois, la jurisprudence se rapportant à la définition d'une vente est bien établie . Il semble donc improbable qu'un tribunal serait disposé à exclure une opération entre sociétés affiliées si les conditions formelles d'une vente, notamment le transfert de propriété, sont réunies.

Dans le même ordre d'idée, les lignes directrices donnent à entendre que tous les franchisés d'un système de franchise peuvent être traités comme une seule unité économique, de telle sorte que quiconque vend aux franchisés peut regrouper tous les achats des franchisés en vue de leur accorder des escomptes reliés au volume. Toutefois, lorsque les franchisés font leurs achats individuellement et que chacun est tenu responsable du paiement, cette interprétation paraît douteuse étant donné qu'il s'agit dans ce cas de ventes distinctes entre le fournisseur et chaque franchisé.

Prix d'éviction

Analyse générale

Le recours aux prix d'éviction est une infraction criminelle en vertu de l'alinéa 50(1)*c)* de la *Loi sur la concurrence*. Plusieurs éléments doivent être établis avant que l'infraction ne soit prouvée. Le présumé prédateur doit exercer des activités commerciales et se livrer à une politique de vente de produits à des prix déraisonnablement bas. L'une de quatre conditions distinctes doit par ailleurs être remplie :

1. La politique doit avoir pour effet ou tendance de sensiblement réduire la concurrence;

2. La politique doit avoir pour effet ou tendance d'éliminer un concurrent;

3. La politique doit être destinée à sensiblement réduire la concurrence; ou

4. La politique doit être destinée à éliminer un concurrent.

Il existe très peu de jurisprudence pouvant faciliter l'interprétation de ces exigences. Dans l'affaire *Hoffman-La Roche*, on a jugé que, avant que l'existence d'une telle politique ne soit constatée, il doit exister une décision délibérée de vendre à un prix déraisonnablement bas et il doit y avoir des ventes continues ou répétées, mais il n'est pas nécessaire qu'il existe une politique écrite.

L'expression « déraisonnablement bas » a été interprétée dans l'affaire *Consumers Glass*. La Cour a déclaré que l'objet de l'alinéa 50(1)*c)* était d'interdire les ventes à bas prix faites dans un dessein anticoncurrentiel. La Cour n'a donné aucune précision sur la manière de déceler un tel dessein, si ce n'est pour dire qu'un dessein anticoncurrentiel ne devrait pas être inféré du seul fait qu'une entreprise fixe ses prix à un niveau donné, avec l'intention d'obtenir la clientèle d'un rival, même si le présumé prédateur savait que des prix à ce niveau rendraient la tâche difficile pour un nouvel arrivant souhaitant entrer sur le marché. La Cour a déclaré que la fixation de prix de nature à évincer des rivaux afin de minimiser les pertes d'un nouvel arrivant ou de maximiser son bénéfice est l'objet même de la concurrence.

Lorsque des réductions de prix sont défensives, c'est-à-dire en réaction à la décision d'un rival de casser ses prix, même si c'est une réaction préventive, il est improbable que les prix ainsi réduits seront jugés déraisonnablement bas à moins que la réduction ne soit disproportionnée de quelque façon par rapport au comportement du rival.

Un autre facteur permettant de dire si des prix sont déraisonnablement bas est le coût. Les tribunaux sont moins précis à propos de ce qui constitue le critère adéquat des coûts. Dans les affaires *Consumers Glass* et *Hoffman-La Roche,* on a jugé que des prix dépassant le coût moyen total ne pouvaient être abusifs, mais la proposition d'Areeda et Turner consistant à présumer abusifs des prix inférieurs au coût variable moyen n'a pas été retenue, et aucun critère n'a été imaginé non plus pour les prix de la zone grise, c'est-à-dire situés entre le coût variable moyen et le coût total moyen. La jurisprudence ne nous guide pas vraiment dans l'interprétation des quatre dernières exigences de l'alinéa 50(1)*c)*.

Prix d'éviction - Lignes directrices pour l'application de la loi

En 1992, le Bureau de la concurrence s'est doté de lignes directrices sur les prix d'éviction, assorties d'un critère en deux étapes pour déterminer si des prix sont déraisonnablement bas. La méthode retenue par le Bureau consiste à examiner l'un des principaux indices définis dans la partie I en matière de pratiques d'éviction : la puissance commerciale, c'est-à-dire la part de marché et les obstacles à l'entrée. Une part de marché de 35 p. 100 est généralement considérée comme le seuil au-dessous duquel la puissance commerciale sera vraisemblablement insuffisante. Selon les lignes directrices, les obstacles à l'entrée englobent les avantages au niveau des coûts dont jouissent les entreprises en place. Il s'agit, par exemple, des formalités de licences, des formalités que les entreprises en place ont déjà remplies, des coûts afférents à l'acquisition d'actifs propres au marché et du contrôle de technologies essentielles ou de sources de

matières premières au moyen d'une intégration verticale. Les lignes directrices reconnaissent la possibilité d'obstacles stratégiques, telle une réputation de dureté propre à décourager l'entrée.

La deuxième étape à franchir pour savoir s'il existe une preuve du caractère déraisonnable des bas prix consiste à appliquer un critère fondé sur les coûts. En accord avec les affaires *Consumers Glass* et *Hoffman-La Roche*, des prix supérieurs au coût total moyen ne seront pas considérés comme déraisonnablement bas. Les lignes directrices donnent des indications précises concernant les comparaisons entre prix et coûts. Des prix inférieurs au coût variable moyen seront considérés comme déraisonnablement bas en l'absence d'un objectif commercial légitime, tel la nécessité de liquider des stocks périssables. Les prix se situant entre le coût total moyen et le coût variable moyen peuvent être ou non considérés comme des prix d'éviction, selon les circonstances.

Le critère en deux étapes s'intéresse à l'effet probable sur le marché et à la question de savoir si le présumé prédateur sera en mesure de récupérer ses pertes. Le critère lui-même ne sera peut-être pas rempli si l'effet unique est l'élimination d'un concurrent. L'alinéa 50(1)*c)*, toutefois, fait expressément référence à une politique de vente à des prix déraisonnablement bas, cette politique ayant pour effet ou tendance de sensiblement réduire la concurrence ou éliminer un concurrent. Il s'agit de déterminer l'intention d'une telle politique, qu'elle ait ou non l'effet recherché ou soit susceptible ou non de l'avoir.

Plusieurs énoncés des lignes directrices donnent à entendre qu'il n'est pas absolument nécessaire de remplir le double critère pour aller de l'avant dans une plainte portant sur des prix d'éviction. Les lignes directrices indiquent que des prix déraisonnablement bas peuvent être inférés de l'ensemble des circonstances, notamment la preuve d'une intention prédatrice et l'exclusion ou l'élimination de concurrents. Dans leur esprit cependant, les lignes directrices insistent moins sur ces fondements de la responsabilité.

Maintien des prix

Analyse générale

En vertu de l'article 61 de la *Loi sur la concurrence,* il est illégal pour quiconque exploite une entreprise de tenter, « par entente, menace, promesse ou quelque autre moyen semblable », de faire monter ou d'empêcher qu'on ne réduise le prix auquel une autre personne exploitant une entreprise fournit ou offre de fournir un produit au Canada. Cependant, les demandes, les analyses, la persuasion et les propositions axées sur le maintien de prix sont toutes permises. La violation de la disposition est une infraction criminelle.

Le refus de fournir un produit à une personne en raison du régime de bas prix de cette personne est lui aussi interdit. Il suffit à justifier une condamnation, si le régime de bas prix est l'un des motifs du refus. Le paragraphe 61(10) prévoit quatre (4) moyens de défense pour le refus de fournir un produit. Un fournisseur peut refuser de fournir un produit à une personne lorsque cette personne a l'habitude de s'adonner à ce qui suit :

1. sacrifier les produits à des fins de publicité;

2. vendre les produits sans profit afin d'attirer les clients dans l'espoir de leur vendre d'autres produits;

3. faire de la publicité trompeuse relativement aux produits fournis; et

4. ne pas assurer la qualité de service à laquelle leurs acheteurs pouvaient raisonnablement s'attendre

En vertu du paragraphe 61(6), nul ne peut, par menace, promesse ou quelque autre moyen semblable, tenter de persuader un fournisseur, en en faisant la condition de leurs relations commerciales, de refuser de fournir un produit à une personne donnée en raison du régime de bas prix de cette personne.

Abus de position dominante

La disposition relative à l'abus de position dominante a été introduite dans le droit canadien de la concurrence en 1986, en remplacement de la disposition pénale sur le monopole. L'objet de la disposition n'est pas de régir la domination structurelle sur un marché, mais d'offrir une mesure corrective lorsque la domination a été utilisée au détriment des intérêts de consommateurs ou de producteurs. L'ancienne disposition sur le monopole, ainsi que les dispositions interdisant la discrimination par les prix, les prix d'éviction et le maintien du prix de revente, établissent des infractions criminelles selon la *Loi sur la concurrence*, mais les dispositions traitant de l'abus de position dominante prévoient que le Tribunal de la concurrence peut, en appliquant la norme de preuve en matière civile, effectuer un examen de nature civile.

Le paragraphe 79(1) est rédigé ainsi :

> Lorsque, à la suite d'une demande du commissaire, il conclut à l'existence de la situation suivante :
> a) une ou plusieurs personnes contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions;
> b) cette personne ou ces personnes se livrent ou se sont livrées à une pratique d'agissements anticoncurrentiels;
> c) la pratique a, a eu, ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché,
>
> le Tribunal peut rendre une ordonnance interdisant à ces personnes ou à l'une ou l'autre d'entre elles de se livrer à une telle pratique.

De manière à évaluer le degré de contrôle exercé par l'entreprise présumément dominante, la première étape consiste à définir le produit pertinent et l'ampleur du marché géographique. L'expression « contrôle sensible » a été assimilée à la puissance commerciale, ce qui veut dire que l'entreprise présumément dominante a le pouvoir de maintenir les prix au-dessus des niveaux concurrentiels pendant une période considérable. Les principaux indicateurs de la puissance commerciale sont la part de marché et les obstacles à l'entrée. Une part de marché élevée suffira à établir une présomption de domination. Dans l'affaire *Laidlaw*, le Tribunal a déclaré qu'il n'y aura pas présomption de domination si la part de marché est inférieure à 50 pour cent.

Une fois que la domination est établie, le Tribunal doit se demander si l'entreprise dominante s'est livrée à une pratique d'agissements anticoncurrentiels qui a eu, qui a ou qui aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence. L'article 78 de la *Loi sur la concurrence* énumère plusieurs agissements anticoncurrentiels que le Tribunal de la concurrence pourrait juger abusifs et certains de ces comportements se rapportent aux prix. Malgré tout, la liste n'est pas limitative et, dans plusieurs cas, des agissements ne figurant pas parmi ceux qui sont énumérés dans l'article 78 ont été jugés abusifs. La manipulation des prix peut être utilisée par une entreprise dominante dans une grande diversité de contextes afin de mettre au pas, de décourager ou d'éliminer des concurrents. Cependant, jusqu'à maintenant dans les cas d'abus, les questions concernant les prix ont joué un rôle relativement modeste.

L'un des agissements anticoncurrentiels allégués dans l'affaire *NutraSweet* concernait les prix d'éviction. En définitive, le Tribunal n'a pas trouvé la preuve d'une pratique d'éviction, mais il a fait plusieurs observations qui éclaireront sans aucun doute la manière dont les pratiques d'éviction seront considérées dans les affaires futures. D'abord, le Tribunal a admis qu'une pratique d'éviction pourrait constituer une pratique anticoncurrentielle selon l'article 79. Ensuite, le Tribunal a indiqué que des prix inférieurs au coût marginal sont réputés être des prix d'éviction. Enfin, le Tribunal a indiqué que les pratiques d'éviction ne constituent pas une stratégie rationnelle à moins qu'il n'existe une perspective de récupération, et il a admis qu'une entreprise peut signaler une intention de fixer des prix abusivement bas sur un marché, par ses activités d'éviction exercées sur une autre.

En fin de compte, le Tribunal doit conclure à une réduction sensible de la concurrence. Il a été établi que ce critère exige que les agissements anticoncurrentiels de l'entreprise dominante préservent ou renforcent sa puissance commerciale. Plus précisément, le Tribunal se demandera si les agissements créent des obstacles à l'entrée ou accroissent de tels obstacles, et il évaluera l'ampleur de cet effet. Le Tribunal doit aussi tenir compte de la possibilité que la pratique résulte de l'« efficience concurrentielle supérieure » de l'entreprise.

Partie III Application des dispositions de la *Loi sur la concurrence* par le Bureau

Introduction

La présente partie du rapport renferme i) un bref aperçu du processus mis en place par le Bureau pour traiter les plaintes, ii) un profil statistique de l'expérience du Bureau en matière d'application de la loi faisant état de toutes les plaintes traitées pendant une période de cinq (5) ans débutant le 1er avril 1994 et prenant fin le 31 mars 1999 (« *la période d'examen* ») et ayant trait à la discrimination par les prix, au prix d'éviction ou au maintien des prix et iii) une analyse des critères employés par le Bureau pour choisir les dossiers qui donneront lieu à des mesures d'application.

Processus de traitement des plaintes

Les agents de commerce du Bureau sont chargés d'effectuer une évaluation préliminaire de chaque plainte reçue. Lorsque l'agent de commerce responsable détermine que le fondement de la plainte ne justifie pas de poursuites en vertu de la Loi, il peut clore l'examen. Si, au terme d'une évaluation préliminaire, il appert à l'agent et à son supérieur qu'il y a matière à un examen plus approfondi, la plainte devient un « projet » et les travaux se poursuivent. On procède notamment à l'application des critères de sélection des dossiers établis par le Bureau, à la cueillette d'information plus complète et à la détermination et à l'évaluation de la solidité de la preuve.

À la lumière des résultats de l'application des critères de sélection des dossiers et de cette analyse plus approfondie, on décide s'il est justifié de passer à l'étape suivante, soit l'ouverture d'une enquête par le commissaire. Le cas échéant, ce dernier peut exercer ses pouvoirs d'enquête officiels, y compris demander une ordonnance obligeant une personne à déposer sous serment ou un mandat autorisant la perquisition et la saisie de documents.

Il se peut également qu'à n'importe quelle étape, l'enquête sur une plainte soit close ou qu'un autre instrument de règlement soit employé. L'autre instrument de règlement peut prendre plusieurs formes, depuis la simple visite d'information par le personnel du Bureau afin d'expliquer la loi jusqu'à des engagements officiels surveillés par le Bureau et des ordonnances d'interdiction par consentement.

Résumé du rapport statistique de l'expérience en matière d'application de la loi

Au cours de la période d'examen, 931 plaintes ont été reçues mais très peu de dossiers ont fait l'objet de l'examen plus approfondi qui caractérise l'étape du projet. La grande majorité des plaintes (88 pour cent) ont été réglées par les agents de commerce et leur supérieur. Moins d'un tiers seulement des plaintes devenues projets ont donné lieu à l'ouverture d'une enquête, et les procédures officielles d'application ont été extrêmement rares. Par contre, le recours à un autre instrument de règlement a donné satisfaction pour environ 10 pour cent des plaintes.

La pratique anticoncurrentielle en matière de prix qui fait le plus souvent l'objet de plaintes est le maintien

des prix (461 plaintes), suivi d'assez près par les prix d'éviction (382 plaintes). Malgré que la discrimination par les prix soit fort répandue, le nombre de plaintes relatives à cette pratique est relativement faible par rapport au total (88 plaintes).

Le maintien des prix est la seule pratique anticoncurrentielle en matière de prix ayant donné lieu à des procédures officielles d'application, même si le nombre de cas est très petit (3). Cette rareté du recours à des procédures officielles dans le cas du maintien des prix au cours de la période d'examen témoigne d'un changement important dans la politique d'application par rapport aux années précédant la période d'examen. Le fait est que les procédures officielles ont été en grande partie remplacées par les autres instruments de règlement.

Contrairement au maintien des prix, le nombre de procédures officielles d'application dans les cas de discrimination par les prix et de prix d'éviction n'a jamais été important. Et le fait qu'aucune poursuite n'a été intentée pendant la période d'examen concorde avec les activités antérieures d'application de la loi. La proportion de plaintes faisant état de discrimination par les prix et de prix d'éviction résolues au moyen d'un autre instrument de règlement des dossiers pendant la période d'examen a été très petite.

Les plaintes émanent d'un large éventail de secteurs. À l'exception notable du secteur de l'essence (16,7 pour cent de plaintes), aucun secteur ne semble être à lui seul à l'origine d'un nombre disproportionné de plaintes. On constate toutefois que, dans certains secteurs, les préoccupations sont telles qu'un grand nombre de dossiers sont devenus des projets. Regroupés, les secteurs de l'essence, des produits d'épicerie, des télécommunications et des déchets sont à l'origine de près de la moitié de l'ensemble des projets du Bureau ayant trait aux pratiques en matière de prix. Il convient également de souligner que bien que l'essence fasse l'objet d'un grand nombre de plaintes, celles-ci ne parviennent pas au stade du projet, alors que les produits d'épicerie, les télécommunications et les déchets font tous plus souvent l'objet des enquêtes les plus approfondies applicables aux projets.

Critères de sélection des dossiers

Introduction

En cette période caractérisée par une baisse continue des ressources, il importe que toute organisation du gouvernement mette en place des systèmes qui l'aideront à mobiliser ses ressources plus efficacement afin de mener à bien son mandat. Face à l'accroissement de ses responsabilités et à la réduction des ressources, le Bureau a adopté des critères de sélection des dossiers afin d'assurer l'évaluation systématique des priorités concurrentes et l'allocation efficace des ressources au sein de chaque direction.

Le tronc des critères de sélection des dossiers compte quatre catégories de facteurs :

1. Incidence économique

2. Considérations relatives à l'application de la loi
c) Solidité du dossier
d) Considérations relatives à la gestion.

Il ressort clairement des entrevues menées pour les besoins de l'étude que les critères de sélection des dossiers servent de guide à la prise de décisions de la gestion, mais ne la remplacent pas. Souvent, on a laissé entendre que si la plainte était jugée suffisamment fondée, on pouvait aller de l'avant, malgré la faible note obtenue. Par conséquent, bien qu'il existe plusieurs aspects des critères de sélection des dossiers susceptibles de donner lieu à des notes peu élevées lorsqu'ils sont appliqués aux pratiques en matière de prix, il semble qu'ils n'empêcheraient pas nécessairement d'aller de l'avant si la plainte est dûment fondée.

La politique d'application énoncée dans le cas des critères de sélection n'attache pas de priorité particulière aux dossiers relatifs à la discrimination par les prix ou au maintien des prix dans un axe vertical. En fait, il n'est même jamais fait mention de discrimination par les prix. De même, l'importance accordée à l'incidence économique de la conduite anticoncurrentielle, en vertu des critères, peut conduire à des notes plus basses dans de tels cas, puisque souvent l'activité visée par la plainte se limite à des marchés locaux. Dans le cas du maintien des prix, cet effet négatif peut être grandement compensé par la probabilité du recours à un autre instrument de règlement. Cette solution permet de résoudre la plainte d'une autre façon que par des poursuites, se révèle beaucoup plus économique et améliore la note en vertu des considérations relatives à la gestion. Ainsi, les plaintes dûment fondées ayant trait au maintien des prix obtiendront probablement une meilleure note en fonction du critère relié à la solidité du dossier et du fait que la règle de preuve de l'infraction est relativement directe.

En ce qui concerne les plaintes relatives aux prix d'éviction, plusieurs caractéristiques des critères risquent de réduire les notes dans la plupart des cas. Tout comme dans le cas des plaintes ayant trait au maintien des prix et à la discrimination par les prix, les cas de prix d'éviction ne constituent pas non plus une priorité et concernent le plus souvent des marchés locaux où l'incidence économique peut être faible. Ces dossiers ne se prêtant peu à un autre instrument de règlement, la seule solution qui s'offre prendra probablement la forme de longues poursuites, ce qui leur conférera une mauvaise note pour ce qui est du critère de la considération relative à la gestion. En ce qui a trait à la solidité du dossier, le critère ne donne pas de points si les prix sont supérieurs au coût variable moyen ou s'il faut obtenir une preuve d'intention. Compte tenu des difficultés d'analyse et de preuve liées à la satisfaction du critère en deux étapes, de la comparaison restrictive entre le coût et le prix et du manque de reconnaissance de la preuve d'intention, les cas se rapportant à des prix d'éviction ne risquent guère d'obtenir une bonne note relativement au critère concernant la solidité du dossier.

Partie IV Éléments d'un régime de concurrence – sommaire et conclusions

Conclusions concernant certains types de pratiques anticoncurrentielles en matière de prix

Discrimination par les prix

Pertinence des dispositions en vigueur - L'actuelle disposition pénale sur la discrimination par les prix, à l'alinéa 50(1)*a)* ne traite pas de façon adéquate cette problématique. L'analyse économique présentée à la partie I conclut que la possibilité que la discrimination par les prix ait un effet anticoncurrentiel dépendra des circonstances propres à chaque cas. En vertu de la disposition en vigueur, l'exercice de la puissance commerciale n'est pas précisé comme condition préalable à la véritable discrimination que peut exercer un fournisseur et aucune évaluation de l'effet de la discrimination sur la concurrence n'est requise. Plus précisément, la disposition actuelle ne reflète pas avec exactitude les fondements légitimes en vertu desquels les clients peuvent être traités différemment. Selon l'analyse économique présentée à la partie I, seules les différences de coûts reliées à l'approvisionnement de clients différents plutôt que simplement les différences dans la quantité et la qualité devraient être retenues comme norme. L'exigence selon laquelle la discrimination doit avoir trait à des articles de qualité et de quantité similaires s'avère un substitut partiel et imparfait aux coûts différents des services aux clients. À cet égard, la disposition est trop englobante.

Par ailleurs, en n'incluant pas la discrimination dans les services et dans les formes de transaction autres que les ventes, la disposition exclut d'importants domaines d'activité économique du marché actuel. Sous sa forme actuelle, la disposition pénale sur la discrimination par les prix ne s'avère donc pas un outil précis pour faire échec aux comportements anticoncurrentiels et impose des coûts excessifs aux entreprises, reliés à la conformité et à la surveillance. Comme la discrimination par les prix est une infraction pénale, cet effet paralysant se trouve amplifié.

En traitant la discrimination par les prix comme une forme d'abus de position dominante en vertu de l'article 79, on peut combler plusieurs lacunes de la disposition pénale sur la discrimination par les prix. La disposition sur l'abus comprend un critère de puissance commerciale que la théorie économique identifie comme une condition préalable à la discrimination et exige une évaluation de l'effet de la discrimination sur la concurrence.

La disposition sur l'abus de position dominante prévoit une procédure qui permettrait au Tribunal de la concurrence de parvenir à un compromis entre les impératifs de la théorie économique et l'intérêt pour les entreprises d'être protégées contre la discrimination exercée par leurs fournisseurs. Le poids de la théorie économique donne à penser que l'objet de la loi devrait être la protection de la concurrence dans l'intérêt de l'efficience et non des concurrents, et l'objet de la loi ainsi que de nombreuses autres dispositions de la loi reflètent cette priorité. Néanmoins, l'histoire législative de l'alinéa 50(1)*a)* ainsi que l'objet de la loi soulignent le besoin d'assurer, aux termes du paragraphe 1.1, le maintien de la concurrence afin « d'assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne ». En vertu de l'article 79, il revient au Tribunal de décider si la mesure corrective était appropriée compte tenu des effets sur la concurrence en général, y compris tout préjudice subi par les concurrents dans le contexte de

cas particuliers.

Cependant, l'application de l'article 79 aux plaintes relatives à la discrimination par les prix ne va pas sans difficultés. Il sera peut être nécessaire d'adapter aux cas de discrimination par les prix l'approche à l'égard de la puissance commerciale de la disposition sur l'abus. Il faudra tenir compte du seuil adéquat de part de marché. Par ailleurs, il faudra réfléchir à la façon d'évaluer les effets sur la concurrence lorsque l'entreprise dominante évolue sur un marché différent de celui où la personne touchée mène ses activités. Mais en pratique, comparativement aux dispositions pénales, l'analyse de la discrimination par les prix dans le cadre de l'article 79 se traduirait par une perte de certitude et de prévisibilité, même si ce problème est légèrement atténué par l'exigence de la puissance commerciale.

Pertinence des lignes directrices sur la discrimination par les prix - Sous leur forme actuelle, les lignes directrices sur la discrimination par les prix sont utiles, bien qu'elles ne puissent combler entièrement les lacunes de la disposition pénale sur la discrimination par les prix dont nous avons parlé afin que celle-ci soit conforme à l'analyse économique de la partie I.

Certaines améliorations doivent cependant être apportées. Il faudra réviser l'analyse des conditions qui doivent être remplies pour qu'on détermine que les concessions de prix sont disponibles et qu'une vente est réputée avoir eu lieu. De même, bien qu'il n'existe aucun obstacle technique à l'application de l'article 79 à la discrimination par les prix, pour s'assurer que cette dernière est généralement analysée en vertu de la disposition sur l'abus de position dominante, il faudrait remanier les lignes directrices afin d'indiquer la marche à suivre à la lumière des questions soulevées à la section précédente.

Pertinence de l'activité de mise en application - Sans évaluer la valeur relative des nombreuses autres activités du Bureau, il est impossible de tirer une conclusion définitive concernant ses activités de mise en application en matière de discrimination par les prix. On peut dire que la disposition pénale en vigueur est suffisamment défectueuse pour que le Bureau, quand il s'acquitte de son mandat général de protection de la concurrence, adopte une approche très prudente dans son traitement des rares plaintes faisant état d'une discrimination par les prix. En ce qui concerne le traitement des dossiers en vertu de la disposition relative à l'abus, diverses questions se posent concernant la façon dont le Tribunal traiterait une plainte faisant état de discrimination par les prix. Rien n'indique clairement que le Bureau utiliserait à bon escient ses ressources limitées s'il intentait des poursuites pour résoudre ces questions, sauf peut-être lorsque la discrimination par les prix constitue une pratique qui s'ajoute à plusieurs agissements présumés anticoncurrentiels ou que l'effet sur la concurrence est sensible.

Prix d'éviction

Pertinence des dispositions - Étant donné que la jurisprudence ne fournit pas la marche à suivre pour déterminer quand les prix d'un présumé prédateur sont déraisonnablement bas, selon l'alinéa 50(1)*c)*, l'article demeure très englobant. Toute intention d'éliminer un concurrent ou l'élimination réelle d'un

concurrent, associée à la pratique de bas prix, peuvent suffire pour qu'il y ait responsabilité. Même si les préoccupations concernant l'efficacité penchent en faveur d'un régime empêchant l'établissement de prix inférieurs au coût, pratique qui a pour effet d'éliminer des concurrents plus efficaces, innovateurs ou vigoureux, la disposition en vigueur protège tous les concurrents, peu importe l'efficience ou l'effet global sur la concurrence. À cet égard, la disposition est en contradiction avec l'analyse économique des pratiques d'éviction.

On peut résoudre ces problèmes, entre autres en considérant la pratique d'éviction dans le cadre de l'article 79. Comme le préconise l'analyse économique de la partie I, en vertu de l'article 79, la puissance commerciale constitue un seuil pour l'obtention d'une mesure corrective. La disposition sur l'abus réduit le fardeau de la preuve en matière civile, qui peut être important compte tenu de la nature intrinsèquement contestable des allégations de prix d'éviction.

Par ailleurs, l'article 70 exige une évaluation de l'effet sur la concurrence. Le Tribunal serait en mesure de déterminer si, non seulement, il existait une possibilité de récupération au moyen de prix supraconcurrentiels, mais également d'examiner les effets du comportement prédateur sur la dynamique de la concurrence sur le marché qui est le siège de la pratique d'éviction. Ces effets incluraient la disparition de certains concurrents et leurs perspectives de retour sur le marché. Le Tribunal pourrait déterminer dans quelle mesure il était adéquat de tenir compte de considérations non basées sur l'efficience, notamment s'il était équitable d'éliminer intentionnellement un concurrent en pratiquant des bas prix.

Cependant, l'article 79 ne prévoit pas de méthode particulière applicable à la pratique d'éviction et il y aurait lieu d'étoffer et d'adapter aux fins de l'application aux pratiques d'éviction l'approche adoptée par le Tribunal concernant la notion cruciale de puissance commerciale. En particulier, comme l'indiquent les lignes directrices sur les prix d'éviction, il peut y avoir des cas d'éviction où le prédateur détient une part du marché inférieure à la part d'environ 50 pour cent à laquelle a fait allusion le Tribunal dans les affaires entendues jusqu'à ce jour. Par ailleurs, le comportement stratégique de la firme dominante jouerait un plus grand rôle.

L'un des éventuels obstacles à l'obtention d'une mesure corrective auprès du Tribunal, est que ce dernier a fait état de sa réticence à interférer directement avec les décisions en matière de prix prises par les entreprises. Il peut donc hésiter à rendre une ordonnance interdisant expressément à une entreprise un comportement en matière de prix, comme l'établissement d'un prix minimal. Il serait pratiquement impossible d'ordonner à une entreprise de mettre simplement fin à sa pratique d'éviction. Il faudrait adopter certaines mesures correctives appropriées pour que l'on puisse se fonder sur l'article 79 pour faire échec aux pratiques d'éviction.

Pertinence des lignes directrices sur les prix d'éviction - L'approche de mise en application adoptée dans les lignes directrices sur les prix d'éviction du Bureau est généralement conforme aux facteurs révélant une pratique d'éviction énoncés à la partie I. Cependant, dans la pratique, la norme établie par le Bureau peut être plus rigoureuse qu'il ne le faut.

Le critère en deux étapes établi dans les lignes directrices constitue une norme très élevée. En effet, compte tenu de la nature finalement contestable des allégations concernant la puissance commerciale, le besoin de prouver l'existence d'une puissance commerciale suffisante pour permettre la récupération afin d'atteindre la norme de preuve en matière pénale, hors de tout doute raisonnable, est très onéreux. Dans de nombreux cas, notamment lorsque le prédateur est fortement intégré verticalement, il sera extrêmement difficile d'obtenir des preuves solides concernant les coûts du présumé prédateur. Dans d'autres cas, il sera impossible d'obtenir des preuves en matière de coût sans l'exercice des pouvoirs de perquisition conférés par la loi et l'incapacité de faire la preuve d'une possibilité crédible de récupération pourrait encore empêcher l'adoption de cette mesure.

Bien que l'on puisse régler certains de ces problèmes en s'appuyant sur la preuve d'intention, cette dernière n'est pas disponible dans certains cas, et dans de nombreux autres, elle n'est pas fiable. Quoi qu'il en soit, les lignes directrices indiquent que l'intention joue un rôle mineur dans l'évaluation du Bureau.

Les lignes directrices sur les prix d'éviction ne font pas valoir l'application possible de théories récentes indiquant qu'il existe un plus large éventail de situations où des pratiques d'éviction peuvent avoir cours. Elles ne reflètent pas pleinement les nouveaux éléments d'information sur la façon de cerner et de mesurer les obstacles stratégiques à l'entrée d'une part et de prendre en compte les avantages hors-prix associés à une stratégie d'éviction d'autre part. Par ailleurs, comme nous l'analysons de manière plus détaillée ci-après, les lignes directrices ne parlent pas non plus expressément des défis de la nouvelle économie.

Même si l'article 79 pourrait être invoqué dans le cas des pratiques d'éviction, comme nous l'avons indiqué, plusieurs questions relatives à l'application demeurent en suspens, lesquelles pourraient être abordées utilement dans les lignes directrices.

Pertinence de la mise en application - Les poursuites en vertu de la disposition pénale sur les prix d'éviction sont rares et jamais une demande au Tribunal relative à la pratique d'éviction n'a été acceptée. Bien qu'il soit impossible de tirer une conclusion définitive concernant l'activité d'application sans considérer les avantages des autres priorités concurrentes, nous trouvons la situation préoccupante pour certaines raisons.

L'approche du Bureau dans les lignes directrices doit être améliorée si l'on veut qu'elle constitue un outil précis pour évaluer les allégations de pratiques d'éviction. Par ailleurs, les critères de sélection des dossiers du Bureau, semblent défavoriser les cas d'éviction de deux façons. Tout d'abord, en appliquant une pondération, les critères de sélection des dossiers rétrécissent l'éventail des pratiques d'éviction qui semble plus étendu, si l'on en croit les lignes directrices et l'analyse économique de la partie I. Deuxièmement, comme les autres instruments de règlement semblent rarement porter fruit dans les cas de pratiques d'éviction et que, par conséquent, il n'existe aucune solution de rechange en cas de contestation, sans compter le temps et les dépenses connexes, les plaintes faisant état de pratiques d'éviction obtiendront une mauvaise note en ce qui a trait aux considérations relatives à la gestion. Enfin, l'absence de clarté de la loi concernant les pratiques d'éviction milite en faveur d'un traitement plus répressif, par le Bureau, des

plaintes de pratiques d'éviction.

Maintien des prix

Pertinence des dispositions en vigueur - La présente disposition sur le maintien des prix n'a pas pour unique objet de faire échec au maintien anticoncurrentiel des prix en fonction des critères proposés par l'analyse économique. Par conséquent, sous sa forme actuelle, elle ne constitue pas un outil adéquat pour prendre des procédures d'application et risque d'imposer aux entreprises des coûts excessifs au chapitre de la conformité et de la surveillance. Cet effet paralysant est aggravé par la nature pénale de l'infraction qu'est le maintien des prix.

L'application de la disposition en vigueur relative à l'abus de position dominante exigerait la prise en compte à la fois de la puissance commerciale de la personne cherchant à maintenir les prix et des effets sur la concurrence, comme le préconise l'analyse économique de la partie I. Par ailleurs, le Tribunal devrait là encore examiner la nécessité de concilier selon le cas les impératifs de l'efficience économique et l'intérêt des entreprises à ne pas faire l'objet de coercition de la part de leurs fournisseurs.

Toutefois, l'application de l'article 79 ne va pas sans difficultés. Comme l'article 79 n'est pas particulièrement adapté au traitement des plaintes relatives au maintien des prix, il serait nécessaire d'élaborer un certain cadre analytique, lequel tiendrait compte des explications basées sur l'efficience analysées à la partie I. Rien n'indique clairement que dans les affaires de maintien des prix, l'exigence relative à la puissance commerciale devrait être identique à ce qu'elle est dans les affaires entendues par le Tribunal jusqu'à présent. La question de savoir comment traiter les effets anticoncurrentiels sur les marchés en aval devrait également être abordée.

Pertinence de la mise en application - Les procédures officielles d'application étaient auparavant très courantes dans un cas de maintien des prix. Le profil en matière d'application présenté à la partie III indique que la situation a bien changé. Les poursuites intentées pendant la période d'examen sont rares, alors que le recours à d'autres instruments de règlement a été couronné de succès.

Étant donné la portée limitée de notre étude, il nous est impossible de faire une évaluation globale de l'activité de mise en application du Bureau. Il ne nous apparaît cependant pas impératif d'avoir recours à des procédures d'application plus rigoureuses en vertu de l'actuelle disposition pénale, comme alternative aux autres instruments de règlement, puisque les exigences de la disposition pénale relative au maintien des prix sont claires et que la jurisprudence sur le sujet est relativement étoffée. Par conséquent, le recours aux autres instruments de règlement privilégiés par le Bureau semble approprié.

Inévitablement, si le maintien des prix est considéré dans le cadre de l'article 79, qui fait de la puissance commerciale une condition obligatoire et autorise les moyens de défense liés à l'efficience, il deviendra beaucoup plus difficile de donner suite à ce type de plainte en ayant recours à un autre instrument de

règlement. Dans bien des cas, l'obligation de recueillir suffisamment d'information pour effecteur une évaluation précise suffira à retarder considérablement l'ouverture d'un dialogue sur d'autres instruments de règlement. Par ailleurs, il sera difficile que la conclusion faisant état de l'existence d'une puissance commerciale et de gains en efficience ne soit pas contestée dans l'optique des exigences très particulières de l'actuel article 61. Du point de vue de la conformité, le recours à l'article 79 serait également beaucoup moins prévisible.

Quoi qu'il en soit, selon l'analyse économique de la partie I, le traitement du maintien des prix en vertu de l'article 79 devrait conduire à des activités d'application plus claires que l'approche non discrétionnaire prévue à l'article 61. Par conséquent, une approche prudente s'impose, relativement à la mise en application de l'article 61 et il importe de se concentrer sur les maintiens de prix ayant clairement un effet anticoncurrentiel. Les critères de sélection des dossiers du Bureau reflètent ce point de mire.

Commentaires généraux

Relever le défi de la nouvelle économie

Dans la nouvelle économie, la concurrence continuera à s'intensifier et le rythme du changement technologique continuera à s'accélérer. Dans les secteurs les plus touchés par ces tendances, il ne sera pas facile de cerner avec précision les comportements anticoncurrentiels en matière de prix et de prendre des mesures d'application pour y faire échec. Le Bureau doit donc prendre en compte le mode de fonctionnement de ces secteurs dans ses activités de mise en application de la *Loi sur la concurrence*.

L'analyse de la politique de la concurrence effectuée actuellement par le Bureau reconnaît les considérations d'efficience dynamique qui revêtiront de plus en plus d'importance dans l'évaluation des effets sur la concurrence dans le contexte de la nouvelle économie. La structure de l'article 79 permet aussi d'en tenir compte. Par ailleurs, le cadre élaboré pour l'interprétation de la disposition sur les prix d'éviction dans les lignes directrices tient compte de l'efficience dynamique. Cependant, pour aucune des deux dispositions, le Bureau n'a exposé en détail comment il tiendra compte de l'efficience dynamique dans le contexte particulier des industries de la nouvelle économie. Qui plus est, les dispositions pénales non discrétionnaires en vigueur concernant la discrimination par les prix et le maintien des prix ne laissent guère de place, à première vue, à l'analyse de l'efficience économique. Par conséquent, on pourrait s'inquiéter du fait que ces dispositions sont mal adaptées pour faire face aux changements qui transforment actuellement l'économie canadienne.

Mobiliser le savoir-faire spécialisé du personnel

De par leur expérience, certains agents du Bureau ont acquis une connaissance approfondie de certains secteurs, mais il est essentiel de mobiliser plus efficacement le savoir-faire spécialisé du Bureau de la concurrence afin de faire en sorte que ses agents soient en mesure de prendre des décisions judicieuses dans le traitement du grand volume de plaintes qui repose exclusivement sur leur analyse du dossier. Cette

nécessité d'un savoir-faire spécialisé est des plus pressantes pour les pratiques d'éviction où l'évaluation de la dynamique du marché est extrêmement complexe. On pourra peut-être également donner suite aux plaintes avec plus de rapidité et d'efficience si l'on possède un meilleur savoir-faire spécialisé.

Les limites des lignes directrices

En établissant ses lignes directrices sur la discrimination par les prix et celles sur les prix d'éviction, le Bureau a essayé de doter son personnel d'un instrument analytique cohérent pour l'application des dispositions pénales ayant trait aux prix d'éviction et à la discrimination par les prix. Malgré les critiques que nous avons faites, cette approche s'est généralement révélée très efficace. Les lignes directrices sont beaucoup plus efficaces que les procès pour clarifier l'interprétation. Elles peuvent s'appliquer de manière générale à des problèmes et dans un cadre analytique, tandis que les décisions des tribunaux sur des affaires données présentent deux inconvénients, celui de ne dévoiler que progressivement les subtilités de la loi et celui de livrer parfois une analyse qui peut être liée aux éléments propres à chaque affaire. Grâce aux lignes directrices les agents de commerce chargés de l'étape critique de l'évaluation préliminaire des dossiers disposent des outils voulus pour prendre des décisions judicieuses et uniformes. En proposant une méthode d'application claire, les lignes directrices facilitent le recours à d'autres instruments de règlement et, plus généralement, réduisent les coûts reliés à la conformité des entreprises.

Cependant, les lignes directrices ont des limites. Elles n'ont pas force obligatoire pour le Bureau et ne constituent pas un moyen de défense à des mesures de mise en application privées. Elles ne peuvent combler les lacunes fondamentales de la loi. Dans la mesure où la politique d'application présentée dans les lignes directrices est en désaccord avec les dispositions elles-mêmes, les lignes directrices sont moins fiables. Par ailleurs, on risque de voir se créer un fossé entre les attentes à l'égard de l'application reposant sur les dispositions de la Loi et l'activité d'application reposant sur les lignes directrices. Nous avons relevé plusieurs modes d'interprétation des lignes directrices sur la discrimination par les prix et des lignes directrices sur les prix d'éviction qui étirent les dispositions de la loi. Lorsqu'on examine les critères de sélection des dossiers, on trouve d'autres critères non spécifiés dans la loi.

Pour que les lignes directrices et d'autres stratégies de conformité volontaire portent fruit, elles doivent être accompagnées de procédures officielles d'application afin, d'une part de prouver que le recours à des mesures d'application constitue une menace crédible et afin, d'autre part de clarifier la loi. En faisant ressortir les lacunes de la loi, les mesures de mise en application encouragent les réformes.

Des procédures officielles d'application seraient utiles pour ce qui est des pratiques en matière de prix. Il existe d'importantes différences entre ce que préconise la théorie économique et les dispositions pénales portant sur les pratiques anticoncurrentielles en matière de prix, en partie parce que les dispositions relatives aux pratiques en matière de prix visent à protéger certaines catégories de concurrents contre les activités d'autres concurrents jugées injustes, plutôt que de s'en tenir à favoriser l'efficacité de l'économie dans son ensemble. Ces conflits entre la protection des concurrents et la promotion de l'efficience devraient être

résolus en cour, devant le Tribunal ou au moyen d'une réforme législative.

Il faut reconnaître que le recours à des poursuites judiciaires ne constitue pas un moyen très efficace de protéger la concurrence, de mettre au jour des problèmes de droit ou de clarifier le fonctionnement de la loi et mettrait à rude épreuve les ressources du Bureau. La solution consiste peut-être à permettre l'accès privé au Tribunal.

Amélioration de la stratégie de communication

Le Bureau doit adopter une stratégie de communication plus efficace pour faire mieux comprendre la Loi ainsi que le rôle et les pratiques du Bureau au milieu des affaires et au public. Bien que les travaux du Bureau soient devenus beaucoup plus transparents au cours des dernières années, les entrevues menées pour les besoins de la présente étude ont révélé qu'il restait encore beaucoup de travail de fond à faire. En faisant la promotion d'une meilleure compréhension de son interprétation et de son analyse, le Bureau encouragerait la conformité, augmenterait la légitimité de ses activités et fournirait une base pour une discussion publique bien éclairée de l'étendue à laquelle le droit canadien de la concurrence traite de façon adéquate les comportements anticoncurrentiels en matière de prix.

Pratiques anticoncurrentielles en matière de prix et *Loi sur la concurrence*
Doctrine, droit et pratique

Introduction

Contexte

Les pratiques anticoncurrentielles en matière de prix font fréquemment l'objet de plaintes auprès du Bureau de la concurrence[1]. Au cours de la période de cinq ans débutant le 1er avril 1994, le Bureau a été saisi de 931 plaintes faisant état de pratiques déloyales en matière de prix, telles que les prix d'éviction, la discrimination par les prix et le maintien des prix. Les plaintes émanent le plus souvent de personnes du secteur de la vente de l'essence au détail, mais elles sont également courantes dans d'autres secteurs de l'économie[2].

Plusieurs dispositions de la *Loi sur la concurrence* traitent des pratiques anticoncurrentielles en matière de prix, notamment des interdictions pénales des prix d'éviction, de la discrimination par les prix et du maintien des prix. De même, la disposition sur l'abus de position dominante permet au Bureau de demander au Tribunal de la concurrence de rendre une ordonnance interdisant à l'entreprise ou aux entreprises dominantes de se livrer à des pratiques en matière de prix qui constituent un abus de leur puissance commerciale. Chaque fois qu'une plainte est déposée, elle est examinée par le Bureau de la concurrence et peut faire l'objet d'une enquête en bonne et due forme donnant lieu, dans certains cas, à des mesures d'exécution, y compris le renvoi au procureur général en vue d'une poursuite au pénal ou d'une demande au Tribunal de la concurrence. Toutefois, en dépit du nombre important de plaintes sur les pratiques en matière de prix, relativement peu font l'objet d'enquêtes officielles et encore moins de procès donnant gain de cause à la partie plaignante.

Certaines organisations du secteur privé, entre autres, ont exprimé leurs préoccupations concernant l'efficacité des dispositions de la *Loi sur la concurrence* portant sur les pratiques en matière de prix ainsi que leur application par le Bureau. Récemment, ces préoccupations ont été soulevées dans le cadre du projet de loi C-235, proposé par un député pour modifier la *Loi sur la concurrence* dans le but de mieux faire échec à certains types de pratiques anticoncurrentielles en matière de prix. Le projet de loi visait les fournisseurs intégrés qui facturent aux détaillants indépendants des prix plus élevés que ceux qu'ils pratiquent lorsqu'ils vendent leurs produits au détail. Bien que le projet de loi n'ait pas été adopté par le Parlement[3], le débat qu'il a suscité illustre admirablement l'ampleur et la nature des préoccupations dans différents secteurs de l'économie canadienne concernant les pratiques en matière de prix. Après avoir examiné le projet de loi, le Comité permanent de l'industrie a décidé de se pencher sur les dispositions de la *Loi sur la concurrence* applicables aux prix et sur leur application.

En prévision de l'examen du Comité de l'industrie, en juin 1999, le commissaire a demandé aux auteurs du présent rapport de mener une étude indépendante au sujet des dispositions de la *Loi sur la concurrence* portant sur les pratiques anticoncurrentielles en matière de prix et sur leur application par le Bureau. Les termes de référence de la présente étude se trouvent à l'annexe 1. Le présent rapport établit les résultats de notre étude.

Portée de l'examen

La partie I de notre étude examine dans une perspective économique les principaux types de pratiques anticoncurrentielles en matière de prix visées par la *Loi sur la concurrence*, à savoir la discrimination par les prix, le prix d'éviction et le maintien des prix, en faisant état des écrits théoriques et des analyses de cas portant sur ces pratiques. L'objet de la partie I est de mettre en évidence les éléments de base qui permettraient d'établir un cadre approprié pour la politique de la concurrence afin de faire échec aux pratiques anticoncurrentielles en matière de prix. Nous y précisons à la fois les critères requis pour cerner les aspects anticoncurrentiels des pratiques en matière de prix et les mesures de redressement à prévoir dans le cadre d'un régime juridique efficace. Ce faisant, nous nous penchons sur les difficultés que posent aux responsables de la politique de la concurrence les changements dynamiques observés actuellement dans l'économie canadienne.

À la lumière des éléments de la politique-cadre de la concurrence présentés à la partie I, la partie II du rapport examine les dispositions de la *Loi sur la concurrence* relatives aux pratiques anticoncurrentielles en matière de prix (les *dispositions sur les prix*), y compris leur interprétation par les tribunaux et par les commentateurs. À des fins de comparaison, nous décrivons la manière dont on aborde ce genre de pratiques aux États-Unis et dans l'Union européenne. Dans la partie II, nous nous penchons également sur les lignes directrices pour l'application de la loi émises en 1992 par le Bureau concernant les prix d'éviction et la discrimination par les prix à la lumière des éléments de la politique-cadre de la concurrence mis en évidence.

La partie III décrit dans une perspective historique la façon dont le Bureau a appliqué les dispositions de la *Loi sur la concurrence* se rapportant aux prix, plus particulièrement au cours des cinq dernières années. Nous avons étudié un échantillon des dossiers du Bureau et mené des entrevues approfondies auprès du personnel pour dresser un profil de l'expérience du Bureau relativement aux plaintes se rapportant aux prix. Nous avons également interrogé certains intervenants qui avaient exprimé des préoccupations concernant l'application des dispositions sur les prix. D'après ces données, nous analysons les activités d'application de la loi du Bureau, y compris l'application des critères de sélection des dossiers utilisés par le Bureau pour déterminer s'il poursuivra son examen et, le cas échéant, de quelle manière. L'objet de la partie III est d'évaluer l'uniformité du Bureau dans ses activités d'application de la loi, en ce qui a trait tant aux dispositions visant les prix qu'aux éléments d'une politique-cadre appropriée de la concurrence.

Dans la dernière partie du rapport, la partie IV, nous dégageons certaines conclusions concernant les

dispositions sur le prix et leur application et proposons certaines améliorations.

PARTIE I Élaboration de la politique-cadre de la concurrence visant les pratiques anticoncurrentielles en matière de prix

Introduction

Le paragraphe 1.1 de la *Loi sur la concurrence*[4] décrit en ces termes l'objet de la loi canadienne sur la concurrence :

> la présente loi a pour objet de préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l'adaptabilité et l'efficience de l'économie canadienne, d'améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux tout en tenant simultanément compte du rôle de la concurrence étrangère au Canada, d'assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne, de même que dans le but d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits.

Le paragraphe 1.1 a été interprété par le Bureau comme ratifiant le principe selon lequel la *Loi sur la concurrence* vise à assurer le maintien et la promotion de la concurrence en tant que mécanisme, et non la protection des concurrents[5]. Cette interprétation reconnaît que l'une des caractéristiques normales de la concurrence est que certains concurrents ne peuvent pas être prospères, ni même survivre alors que d'autres prospèrent en raison de leur rendement supérieur à celui de leurs concurrents. Cet effet dynamique de la concurrence est essentiel pour garantir la concrétisation des gains en efficience de la concurrence. Une baisse de la concurrence devrait être autorisée dans l'intérêt de l'efficacité lorsque le survivant est un concurrent plus efficient, que la baisse n'est pas provoquée par une conduite anticoncurrentielle et que le marché demeurera suffisamment concurrentiel, compte tenu de la concurrence potentielle et de la concurrence réelle. Naturellement, protéger les mécanismes de la concurrence revient à protéger les concurrents dans certaines situations, lorsqu'ils sont menacés par une conduite anticoncurrentielle ou qu'un nombre insuffisant de concurrents demeureraient en lice par suite de leur élimination. Or, il est extrêmement difficile d'établir une distinction entre une conduite anticoncurrentielle et un comportement de marché acceptable et de déterminer quel niveau de concurrence est suffisant.

Cependant, comme l'objet de la *Loi sur la concurrence* énonce qu'il y a lieu de privilégier la concurrence dans le but d'assurer à certaines catégories d'entreprises une chance honnête de participer à l'économie canadienne, certains concurrents pourraient en toute légitimité s'attendre à bénéficier d'une plus grande protection de la Loi que ne le commanderait un engagement visant uniquement les mécanismes de la concurrence et reposant exclusivement sur des facteurs d'efficacité. En d'autres termes, l'objet de la Loi peut être interprété comme exprimant de la part du législateur l'intention d'interdire un comportement anticoncurrentiel, même lorsque la stratégie adoptée a pour effet d'éliminer un concurrent moins efficace et qu'il reste suffisamment de concurrents sur le marché. À cet égard, assurer à la petite et la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne pourrait conduire à des compromis difficiles en ce qui concerne la concurrence et la promotion de l'efficacité[6].

En ce qui a trait aux pratiques anticoncurrentielles en matière de prix, la difficulté de respecter des intérêts parfois opposés est encore accentuée par les différentes interprétations, au fil du temps, des répercussions économiques et de l'incidence probable de pratiques de prix potentiellement anticoncurrentielles. Les nouvelles idées issues de la théorie économique, alliées à de nouvelles données probantes concernant les pratiques en matière de prix en vigueur sur le marché obligent le législateur et les organismes d'application de la loi à lutter constamment pour que les règles du droit de la concurrence portent effectivement sur des pratiques en matière de prix qui portent atteinte à la concurrence. Parallèlement, ils doivent s'assurer que les règles et les pratiques d'application ne découragent pas une concurrence dynamique instaurée par l'adoption de stratégies de marché encore plus efficaces. Il y a lieu d'établir une distinction, par exemple, entre les réductions de prix qui sont en fait un bradage des prix et celles qui favorisent la concurrence et bénéficient aux consommateurs.

La difficulté de concevoir des règles de droit efficaces en matière de concurrence est encore compliquée par les changements qui surviennent sur le marché. Les entreprises canadiennes exercent leur activité dans un environnement où la concurrence ne cesse d'augmenter, en raison de la mondialisation des échanges, favorisée par la déréglementation du commerce et de l'investissement tant à l'échelle nationale qu'internationale. Le mode de fonctionnement des entreprises évolue lui aussi à un rythme croissant, qui fait pendant à l'accroissement constant de la concurrence. Certains secteurs ont complètement modifié leurs façons de faire et, à divers degrés, tous sont transformés par la technologie. En ce qui a trait au droit de la concurrence, le défi consiste à veiller à ce que la loi continue à atteindre ses objectifs, au fil de l'évolution des marchés auxquels elle s'applique.

C'est pourquoi, il est décourageant de s'efforcer d'établir des règles efficaces pour faire échec aux pratiques anticoncurrentielles en matière de prix[7]. Sur le plan théorique, cette tâche exige que l'on élabore des critères pertinents pour cerner l'activité anticoncurrentielle et que ces critères puissent être appliqués pour offrir un remède efficace en temps opportun. Dans l'ensemble, le reste de la partie I porte sur le premier aspect, qui consiste à cerner les pratiques anticoncurrentielles en matière de prix. D'abord, nous nous attachons à définir les caractéristiques économiques des trois principaux types de pratiques de prix sur lesquels porte la présente étude (discrimination par les prix, prix d'éviction et maintien des prix), les circonstances dans lesquelles ces pratiques sont anticoncurrentielles et les preuves empiriques relatives à chaque type de comportement. Deuxièmement, nous nous penchons sur certaines difficultés que pose à l'analyse de la politique de la concurrence la nouvelle économie de l'information. Enfin, avec ces éléments en toile de fond, nous portons notre attention sur le second aspect du défi inhérent à la conception de règles pertinentes, en proposant les éléments d'un régime propre à faire échec aux comportements anticoncurrentiels en matière de prix et en établissant des critères qui peuvent être utilisés efficacement. La partie II évalue les dispositions actuelles de la *Loi sur la concurrence* et leur interprétation par le Bureau d'après le cadre analytique élaboré dans cette partie. Dans la partie III, nous analysons l'expérience d'application de la loi du Bureau à la lumière de ce cadre.

Analyse économique

Introduction

Dans l'ensemble, l'analyse économique de la politique de la concurrence s'intéresse à la façon de protéger les mécanismes de la concurrence en veillant à ce que les marchés fonctionnent de manière efficace. La difficulté consiste à concevoir un régime prévoyant une mesure corrective lorsque le comportement en matière de prix a réellement pour effet de détruire une concurrence qui améliore l'efficacité. Il y aurait lieu de considérer comme anticoncurrentielle toute pratique de prix qui peut faire en sorte que les prix et d'autres conditions de la vente soient moins favorables aux consommateurs qu'ils ne le seraient autrement. Les pratiques en matière de prix qui font tout simplement partie du processus concurrentiel de réduction des prix ne sauraient être mises en cause[8].

Même lorsque la politique de la concurrence est considérée au sens large comme un effort pour maintenir et promouvoir les mécanismes de la concurrence en soi, les arguments développés à l'appui d'une politique donnée peuvent être motivés, non par des préoccupations d'efficacité, mais par le désir de protéger des groupes jugés méritants, particulièrement vulnérables ou présentant un intérêt particulier sur le plan social. Comme nous l'avons indiqué précédemment, de telles considérations trouvent un écho dans l'énoncé de l'objet de la *Loi sur la concurrence,* ce qui complique considérablement tout effort d'évaluation de l'incidence de la Loi et son administration.

Nous ne nous attacherons pas explicitement à ces considérations dans notre analyse portant sur les explications des pratiques anticoncurrentielles en matière de prix inhérentes à la théorie économique, étant donné qu'elles sont en grande partie extérieures à l'analyse économique. Toutefois, nous reviendrons sur cette question dans la partie II, lorsque nous évaluerons les dispositions de la *Loi sur la concurrence* portant sur les pratiques anticoncurrentielles en matière de prix puisque que ces considérations sont expressément mentionnées comme faisant partie de l'objet de la Loi.

Discrimination par les prix

On parle de discrimination par les prix lorsqu'un vendeur vend le même produit à des prix différents à différents consommateurs, qu'il s'agisse d'autres entreprises ou de consommateurs finals[9] et lorsque cette différence de prix n'est pas attribuable au coût de la vente à une catégorie donnée de consommateurs. Trois conditions doivent être réunies pour qu'on parle de discrimination par les prix[10].

1. L'entreprise doit avoir suffisamment de *puissance commerciale* pour établir les prix (autrement, les clients à qui l'on demande des prix plus élevés choisiraient de faire leurs achats auprès d'un fournisseur concurrent).
2. L'entreprise doit être capable d'identifier différentes catégories de clients ayant *différents niveaux de sensibilité au prix* du produit, ou plus précisément différentes élasticités de la demande par rapport au prix. Ces différences peuvent découler de modes d'utilisation du

produit, de niveaux de revenus ou de besoins différents.

3. La *possibilité pour les clients de faire de la revente entre eux doit être limitée*. Les clients qui paient un prix peu élevé ne doivent pas avoir la possibilité de vendre le produit à ceux qui le paient plus cher.

On distingue trois formes différentes de discrimination[11].

1. *La discrimination au premier degré*, c'est-à-dire la discrimination parfaite, selon laquelle chaque unité est vendue au prix le plus élevé que chaque acheteur accepte de payer. La discrimination parfaite n'est pas réalisable, étant donné qu'il est impossible pour le vendeur de connaître et d'exploiter des distinctions extrêmement subtiles dans les préférences des clients.
2. *La discrimination au second degré*, selon laquelle la demande est fractionnée en un certain nombre d'éléments d'après la quantité que les consommateurs préfèrent acheter, différents prix étant facturés pour chaque élément (escomptes sur la quantité, par exemple).
3. *La discrimination au troisième degré*, selon laquelle en fonction d'élasticités différentes de la demande par rapport aux prix, les acheteurs sont fractionnés en différents groupes pour lesquels un prix distinct est établi. Par exemple, les constructeurs automobiles peuvent imposer différents taux de majoration de prix selon les gammes de produits et afficher le taux de majoration le plus élevé sur les véhicules luxueux.

Il est relativement facile de trouver des preuves tangibles confirmant l'existence de chaque forme de discrimination. Ainsi, Tiffany et Ankrom[12] ont découvert que les collèges américains pratiquaient une discrimination par les prix se rapprochant de la discrimination au premier degré. Wilson fournit plusieurs exemples de discrimination au second degré, y compris dans le prix de l'électricité qui varie en fonction du nombre d'heures de consommation[13]. Rosenbaum et Ye[14] ont analysé la discrimination au troisième degré dans une étude montrant comment les éditeurs de revues économiques pratiquent la discrimination par les prix en consentant aux établissements publics des tarifs d'abonnement différents de ceux qu'ils fixent pour les particuliers.

En fait, la discrimination par les prix est une pratique courante[15]. Une grande banque pratique ce type de discrimination lorsqu'elle offre des services bancaires sans frais à des étudiants afin de les fidéliser. De grandes sociétés de conception de logiciels comme Microsoft pourraient être considérées comme pratiquant la discrimination si elles autorisaient tacitement le piratage des logiciels par les particuliers mais engageaient des poursuites en cas de piratage par les entreprises. Selon Slive et Bernhart[16], le désir des entreprises de logiciels de voir leur produits devenir la norme pour l'industrie est si stimulant que l'acceptation de la piraterie par les particuliers (dont certains sont également des dirigeants de grandes sociétés) devient une stratégie de marketing fondée sur la discrimination par les prix.

Il existe une variété de techniques hors-prix auxquelles on peut avoir recours pour instaurer une discrimination par les prix indirectement par des exigences hors-prix. L'exemple classique est celui des ventes liées. À un moment donné, IBM avait le monopole de certains types de matériel mécanographique

classique. Différents clients ont formulé sur le matériel d'IBM une opinion qui variait considérablement, selon qu'ils l'avaient utilisé plus ou moins intensément. Toutefois, au lieu d'avoir recours à la discrimination par les prix pour obtenir le prix maximum que chaque client était prêt à payer, IBM a contraint les clients à lui acheter des cartes perforées et, en facturant ces cartes à un prix supérieur à leur coût, IBM a réussi à pratiquer la discrimination entre ses clients en fonction de l'intensité d'utilisation du matériel. La réservation à période fixe et le groupage de produits sont d'autres exemples d'exigences hors-prix imposées par les vendeurs qui réussissent ainsi à exercer une véritable discrimination par les prix.

La discrimination par les prix n'est pas en soi anticoncurrentielle. À vrai dire, il est extrêmement difficile de relever des indices simples permettant de déterminer qu'une forme donnée de discrimination par les prix est anticoncurrentielle. Cela dépend en grande partie des circonstances propres à chaque cas. La discrimination est souvent préférable à l'absence de discrimination. Comme nous l'avons mentionné, selon la théorie économique, pour que la discrimination soit possible, l'entreprise qui la pratique doit avoir une puissance commerciale suffisante sur le marché pour établir les prix et forcer des personnes ou des groupes différents à payer un prix plus élevé que le prix concurrentiel. Par conséquent, la discrimination implique la capacité d'établir les prix à un niveau supraconcurrentiel. Le repère pertinent pour évaluer la discrimination par les prix n'est pas le prix concurrentiel, mais le prix que l'auteur de la discrimination imposerait s'il était incapable d'exercer une discrimination.

Si la discrimination par les prix ne fait que favoriser l'expansion sur le marché, il en résulte un accroissement du bien-être. Si nous prenons pour hypothèse que certains groupes de consommateurs n'achèteraient pas normalement un produit donné au prix exigé par le vendeur si ce dernier devait s'en tenir à une stratégie d'établissement des prix valable pour tous, il serait alors plus avantageux pour ces groupes que le vendeur soit en mesure et désireux de leur vendre le produit à un prix inférieur. Dans un tel cas, la discrimination par les prix peut accroître la production intérieure et le bien-être[17]. Les acheteurs qui paient moins cher sont avantagés mais ceux qui achètent au prix qu'on leur facturerait autrement ne sont pas désavantagés.

La discrimination par les prix peut permettre à l'entreprise qui la pratique d'obtenir une portion beaucoup plus importante du surplus des consommateurs qu'elle n'aurait pu le faire autrement. Dans la mesure où l'auteur de la discrimination fait payer aux consommateurs un prix plus élevé que si la discrimination était interdite, la discrimination impose une perte aux consommateurs qui payent le prix le plus élevé. Cette perte est toutefois répercutée sur celui qui exerce la discrimination. Ce n'est pas une perte sèche pour la société. La façon dont on considère l'effet distributif dépend de divers facteurs, y compris le fait que l'auteur de la discrimination vende ou non ses produits à un prix inférieur au prix qu'il aurait facturé dans un régime de prix unique et que la discrimination entraîne ou non des gains en efficience. Par exemple, cette stratégie doit permettre à l'auteur de la discrimination d'accroître le rendement de sa production. Bref, les conséquences de la discrimination sont difficiles à caractériser sur le plan théorique[18].

La facturation de prix différents à des clients différents peut parfois se justifier et, en pareil cas, il ne s'agit pas d'une véritable discrimination par les prix. Un écart dans le coût d'une transaction ou d'une information associé à la vente à des clients différents peut justifier l'imposition de prix différents. Par exemple, la

facturation d'un prix plus élevé à un consommateur qui achète de faibles volumes ou d'un prix moins élevé à un consommateur qui achète de gros volumes n'est pas forcément discriminatoire lorsque l'escompte sur la quantité s'explique par une différence de coûts. La différence entre les prix que facture un fournisseur à ses distributeurs selon qu'ils sont affiliés ou non peut aussi se justifier en fonction des coûts, si les coûts de transaction avec les distributeurs non affiliés sont plus élevés. On ne parlera pas non plus de discrimination lorsque des prix différents sont facturés à des moments différents, par suite de changements dans les coûts de production ou dans l'évolution de la demande, ou que les écarts entre les prix sont provisoires ou se justifient éventuellement par des changements introduits par suite des nouveaux prix demandés par un concurrent ou d'autres exigences du marché[19].

La discrimination peut être anticoncurrentielle lorsqu'elle fait partie d'une politique de prix d'éviction dont l'objet est d'éliminer ou de pénaliser un concurrent, ou de l'empêcher d'entrer sur le marché. C'est cette forme particulière de discrimination par les prix que nous analysons dans la section suivante.

Dans certains cas, la discrimination par les prix peut être provoquée par les acheteurs. Il existe au moins deux situations possibles. Dans, le premier cas, un client demande à un fournisseur de facturer des prix plus élevés à un autre client avec lequel il est en concurrence, parce qu'il est mécontent de la politique de bas prix pratiquée par ce dernier. Ou bien, un gros client détenant une puissance commerciale est en mesure d'obtenir d'un fournisseur des escomptes spéciaux non justifiés par les coûts, créant ainsi un désavantage pour les concurrents du client. Ce sont les préoccupations suscitées par cette seconde forme de discrimination exercée par l'acheteur qui ont été à l'origine de l'introduction en 1935 des dispositions sur la discrimination par les prix dans la loi canadienne.

Certains commentateurs ont mis en doute les répercussions et l'effet discriminatoire susceptibles de se produire dans la seconde situation[20]. Dunlop, McQueen et Trebilcock ont contesté les avantages pour un gros client d'obtenir de ses fournisseurs d'importants escomptes non justifiés par les coûts. Il font valoir tout d'abord que lorsque le marché de fournisseurs est concurrentiel et que leur marge bénéficiaire est faible, la pratique d'importants escomptes non justifiés par les coûts au profit d'un gros client peut menacer l'existence de fournisseurs plus faibles. Or, si certains fournisseurs abandonnent le marché, la concentration qui en résulte au niveau des fournisseurs n'est pas vraiment dans l'intérêt des clients. Leur second argument est que, si certains fournisseurs accordent d'importants escomptes à un gros client, ce geste montre les avantages de la négociation et peut inciter d'autres clients à rechercher ces avantages. Il peut même leur valoir de nouveaux gros clients provenant des autres marchés. Ces répercussions réduiraient nettement l'avantage pour le gros acheteur de chercher au départ à obtenir un escompte[21].

Pour ce qui est des répercussions sur la concurrence, si de nouveaux acteurs entrent sur le marché du gros client et réussissent à obtenir les mêmes escomptes, il peut en résulter un abaissement général des coûts qui favorisera la concurrence entre les entreprises sur le marché du gros client. Par conséquent, les clients peuvent bénéficier de prix plus bas et de chiffres d'affaires plus élevés.

Lorsqu'un gros client cherche à obtenir des concessions de prix, il peut en résulter des effets

anticoncurrentiels sur le marché où il réalise ses ventes. Une vigoureuse concurrence sur le plan des prix ne pourra être exercée sur ce marché par les autres clients du fournisseur pratiquant la discrimination parce qu'elle se ferait au désavantage du gros client. La nature des répercussions au niveau de la concurrence dépendra du fait qu'il reste ou non une concurrence adéquate sur le marché.

Il ressort de notre propos que l'analyse économique ne divulgue pas de facteurs distincts suffisants pour déterminer à quel moment la discrimination par les prix devient anticoncurrentielle. Pour qu'il y ait discrimination par les prix, celui qui adopte cette stratégie doit disposer d'une puissance commerciale[22], ce qui signifie notamment que les clients doivent être dans l'incapacité de changer de fournisseurs. Par ailleurs, il faut que les clients ne soient pas en mesure de s'engager dans une opération d'arbitrage en pratiquant la revente entre eux. Les différences de prix justifiées par des écarts dans les coûts de la transaction ou de l'information inhérents à l'approvisionnement de clients différents ne sont pas discriminatoires, non plus que les différences qui sont temporaires ou font partie d'une stratégie de défense par rapport à la concurrence.

Toute disposition du droit de la concurrence visant à faire échec à la discrimination anticoncurrentielle par les prix devrait viser exclusivement la discrimination par les prix qui y est définie. Du fait que l'existence et la nature de tout effet anticoncurrentiel dépendent des circonstances particulières dans lesquelles s'exerce la discrimination dans chaque cas, il sera aussi nécessaire d'appliquer le critère des effets sur la concurrence. L'évaluation des effets de la discrimination au niveau de la concurrence est difficile, et nécessite des données significatives et des prévisions microéconomiques ardues concernant la demande et les autres variables.

Prix d'éviction

On parle de prix d'éviction lorsqu'une entreprise vend temporairement ses produits à des prix particulièrement bas de manière à empêcher de nouveaux concurrents d'entrer sur le marché, ou à évincer ou à pénaliser ses concurrents[23]. En établissant des prix très bas, une entreprise établie sur un marché peut empêcher un nouveau concurrent de faire son entrée. La menace d'une politique de bas prix ou la réputation de l'entreprise à cet égard peuvent être un obstacle suffisant pour dissuader d'autres entreprises d'entrer sur le marché. Lorsque la pratique de prix d'éviction a pour but de pénaliser les concurrents, le comportement est motivé par le désir de montrer que l'entreprise dominante a la capacité d'infliger des pertes aux concurrents récalcitrants, qui ont peut-être eu recours à des réductions de prix ou à d'autres pratiques préoccupantes pour l'entreprise dominante. Dans tous les cas, l'entreprise qui pratique les prix d'éviction subit des pertes pendant la période où elle met en œuvre cette stratégie, mais elle a l'intention d'augmenter ses prix par la suite pour récupérer ses pertes et accroître ses profits. Il n'est pas facile de déterminer les situations où l'on peut parler de prix d'éviction. Le principal problème réside dans le fait que les entreprises qui se battent pour rester en lice se plaignent couramment des bas prix, mais qu'il est difficile de distinguer les prix d'éviction d'une concurrence agressive.

Avant les années 80, les prix d'éviction étaient considérés par les économistes comme un fait rare. Cette

idée reposait sur l'hypothèse selon laquelle une entreprise ne pouvait raisonnablement adopter cette stratégie sur le plan financier que si elle avait des perspectives raisonnables de récupérer ses pertes après une campagne fructueuse de bas prix. Par ailleurs, les perspectives de récupération sont jugées faibles en l'absence d'obstacles de taille à l'entrée sur le marché. Si une entreprise censée pratiquer des prix d'éviction vend ses produits à des prix élevés après avoir réussi à éliminer ses concurrents ou à dissuader des concurrents d'entrer sur un marché où les obstacles sont faibles, d'autres entreront sur ce même marché pour tirer parti des prix élevés qu'il sera alors impossible de maintenir. Il est fort probable qu'on retrouvera parmi les entrants l'entreprise qui a été évincée du marché ou celle qui a racheté l'usine et le matériel.

McFetridge avance divers autres arguments qui portent à croire que la pratique de prix d'éviction est peu vraisemblable. Fait significatif, cette pratique est une stratégie extrêmement coûteuse. Non seulement l'entreprise qui a choisi ce genre de stratégie finance des pertes sur des ventes qu'elle aurait autrement réalisées, mais aussi elle doit encore répondre à une demande accrue générée par ses prix inférieurs aux coûts, ce qui ne fait qu'accroître ses pertes. Si la victime sait que cette stratégie est coûteuse pour celui qui l'adopte et que ce dernier sera en mesure de réaliser des bénéfices sans concurrence si elle abandonne le marché, elle dispose alors de la motivation voulue pour demeurer sur le marché jusqu'à ce que le prédateur abandonne inévitablement ou pour essayer de négocier avec lui en vue du rachat de sa propre entreprise. À vrai dire, la perspective de rachat devrait attirer des bailleurs de fonds désireux d'investir dans l'entreprise de la victime, ce qui lui permettra de tenir le coup jusqu'à ce qu'une offre lui soit faite. Les clients et les fournisseurs de l'auteur des prix d'éviction ont eux aussi la motivation voulue pour empêcher la réalisation du monopole recherché et peuvent aider la victime à survivre[24]. Là où les marchés de capitaux fonctionnent de manière aussi efficace, il serait probablement moins coûteux pour celui qui envisage de fixer des prix abusifs de racheter l'entreprise de la victime d'emblée plutôt que de s'engager dans ces pratiques d'éviction et de racheter ensuite l'entreprise de la victime[25].

Récemment, les auteurs de certaines théories complexes ont laissé entendre qu'il existe un plus large éventail de circonstances où les prix d'éviction peuvent être considérés comme une stratégie raisonnable. Ces hypothèses sont fondées sur des modèles reconnaissant que l'information et les marchés de capitaux ne sont pas parfaitement efficaces. Ni l'entreprise qui a un comportement abusif ni la victime ne disposent de renseignements complets l'une sur l'autre et la victime peut ne pas avoir accès à suffisamment de capital pour survivre à la période de prix d'éviction.

On a fait valoir que les pratiques d'éviction sont plus susceptibles d'être couronnées de succès dans certaines circonstances correspondant à ce qu'il est convenu d'appeler la théorie de la « bourse bien garnie ». En vertu de cette théorie, les prix d'éviction sont susceptibles de porter fruit lorsque le prédateur a un meilleur accès au capital que la victime. Les créanciers de la victime cesseront de lui accorder du financement ou refuseront de lui avancer les fonds supplémentaires dont elle a besoin pour financer les pertes subies au cours de la période de prix d'éviction en invoquant la détérioration de sa situation financière en raison de ce comportement abusif. Comme les pratiques d'éviction auront également des répercussions négatives sur les résultats financiers de l'entreprise qui a choisi cette stratégie, du moins dans

la période de bradage des prix, celle-ci doit disposer de ressources financières suffisantes pour éviter des difficultés avec ses propres créanciers[26]. On observe ce type d'écart dans l'accès au crédit, lorsque les marchés de capitaux sont imparfaits. Autrement, comme nous l'avons indiqué précédemment, la victime devrait être en mesure d'obtenir du financement pour survivre à la campagne de prix d'éviction.

Une fois que les prix d'éviction pratiqués par l'entreprise qui a la « bourse bien garnie » ont éliminé les concurrents du marché, celle-ci peut récupérer ses pertes pour les raisons qui suivent[27]. Selon l'hypothèse la plus courante, l'entreprise a recours aux prix d'éviction pour se créer une réputation de dureté, laquelle dissuade les nouveaux venus d'entrer sur le marché et permet au maître d'œuvre de la stratégie de récupérer son investissement[28]. Les prix d'éviction sont moins coûteux parce que les agissements abusifs de départ isolent en fait le prédateur de la concurrence en créant un obstacle stratégique à l'entrée sur le marché. Comme le coût de ces pratiques se trouve réduit et que les perspectives de récupération sont améliorées, les prix d'éviction deviennent plus vraisemblables. Cette explication est plus convaincante dans le cas où l'auteur de telles pratiques exerce ses activités sur plusieurs marchés. Si la pratique de prix d'éviction sur un seul marché crée un obstacle à l'entrée sur tous les marchés auxquels a accès l'auteur des prix d'éviction, ce dernier peut être en mesure de pratiquer des prix sans concurrence sur tous les marchés, après avoir mené avec succès une campagne de prix d'éviction sur l'un de ces marchés.

Rasmussen[29] et coll. ont suggéré d'autres théories pour des pratiques d'éviction s'appuyant sur des signaux et des brouillages de signaux. Les entreprises établies peuvent se livrer avec succès à des pratiques d'éviction en envoyant des signaux sur la rentabilité de l'entrée sur un marché, lesquels créent un obstacle à l'entrée. L'abaissement des prix à l'arrivée peut être interprété par ceux qui envisagent d'entrer sur le marché comme un signal indiquant soit que la demande est faible soit que les coûts du prédateur sont si bas qu'il peut se permettre de réduire les prix. Quel que soit le cas, le message reçu peut être qu'il n'y a aucune possibilité d'entrée rentable sur le marché. L'entreprise établie sur le marché peut aussi avoir une réaction similaire pour envoyer de faux signaux. Même lorsque la demande est vigoureuse, une entreprise peut abaisser ses prix à un niveau inférieur à ses coûts pour donner à penser que la demande est faible ou que ses coûts sont inférieurs à ce qu'ils sont en réalité. Le but de ce « brouillage de signaux » est de dissuader les entrants en leur faisant croire qu'il peut être difficile, voire impossible[30] d'entrer sur le marché de manière rentable.

La plausibilité du succès de ces pratiques d'éviction, selon ces théories, dépend de la réalisation de certaines hypothèses. De façon générale, pour que la réputation de prédateur de l'entreprise soit crédible il faut que ses cadres soient incités à s'engager dans une stratégie de dissuasion. Cela signifie que leur rémunération n'est pas liée à la valeur des actions à court terme et qu'ils ne risquent pas de perdre leur emploi au cours de la période de dissuasion exempte de profit. Dans une étude récente portant sur les entreprises américaines condamnées pour pratiques d'éviction, Lott conclut que rien ne prouve que les cadres ont eu les stimulants ou les garanties nécessaires pour que l'argumentation théorique soit plausible[31]. Au contraire, il a découvert que les entreprises accusées de pratiques d'éviction liaient la rémunération de leurs cadres aux profits à court terme. Néanmoins, dans la mesure où les décisions en matière de prix sont prises indépendamment des cadres de l'entreprise et ne sont pas contrôlées efficacement par ces derniers,

ce constat n'annule pas la possibilité que des stratégies d'éviction soient adoptées.

L'incidence des prix dépend des coûts supportés par les concurrents actuels et potentiels du prédateur et de la durée envisagée. Pour pénaliser un concurrent, il suffit parfois d'abaisser considérablement les prix pendant une courte période. Il n'est d'ailleurs pas forcément nécessaire d'abaisser les prix à un niveau inférieur à ceux du concurrent pour pénaliser ce dernier d'avoir vendu à escompte ou d'avoir adopté une pratique quelconque déplaisant au prédateur. En revanche, pour que les pratiques d'éviction réussissent à faire sortir un concurrent du marché, il peut être nécessaire d'abaisser le prix à un niveau inférieur à ses coûts et de les maintenir à ce niveau pendant un certain temps. De même, pour dissuader un entrant, il peut être nécessaire de lui faire croire que les prix seront inférieurs à ses coûts. Si le prix est supérieur à leur coût total moyen, les entreprises en activité sur le marché pourront encore réaliser des bénéfices et les autres auront la motivation voulue pour y entrer. Au contraire, des prix inférieurs au coût variable moyen priveront le nouveau venu de toute motivation à entrer sur le marché et, en l'absence d'obstacles à la sortie, inciteront les participants à sortir du marché. Lorsque le prix imposé se situe entre le coût total moyen et le coût variable moyen, l'effet dépendra d'autres éléments en présence sur le marché.

Néanmoins, même si l'effet des bas prix varie selon les coûts engagés par les concurrents du prédateur, ces prix ne peuvent être considérés comme abusifs que lorsqu'ils sont inférieurs aux coûts du prédateur selon certains critères. Lorsque les coûts du prédateur sont inférieurs à ceux de ses concurrents actuels et potentiels, un prix inférieur au coût variable moyen du concurrent peut encore être rentable et même maximiser le profit du prédateur[32]. Empêcher le présumé prédateur de tirer parti de sa structure de coûts inférieurs reviendrait alors à pénaliser l'efficacité. Par conséquent, les critères relatifs au comportement abusif mettent l'accent sur les coûts du prédateur.

La règle sur les prix et les coûts suggérée par Areeda et Turner, éminents théoriciens américains de la lutte antitrust, constitue l'effort le plus valable en la matière. Selon ces auteurs, un prix équivalent ou supérieur au coût marginal n'est pas abusif alors qu'un prix inférieur au coût marginal est abusif[33]. En raison de la difficulté inhérente à l'évaluation du coût marginal, Areeda et Turner proposent comme substitut, dans la plupart des cas, un coût variable moyen [34]. D'autres font valoir, cependant, que les prix se situant entre le coût total moyen et le coût variable moyen peuvent être abusifs. Selon l'hypothèse de Joskow et Klevorick[35], lorsque les prix sont dans cette zone grise, il peut y avoir pratique d'éviction si le présumé prédateur occupe une position dominante et que les obstacles à l'entrée sont suffisamment élevés pour qu'il compense ses pertes par la suite. Joskow et Klevorick considèrent également qu'il faut s'intéresser aux effets dynamiques de la concurrence sur les coûts, y compris les effets du changement technologique. Pour résumer, disons que les faits relatifs aux coûts à eux seuls ne sont pas habituellement concluants lorsque le prix se situe dans la zone grise.

Il peut également y avoir des justifications commerciales à l'établissement de prix dans la zone grise qui ne sont pas abusifs. Dans des conditions de concurrence normale, les prix peuvent tomber à un niveau inférieur au coût total moyen lorsque des entreprises cherchent à entrer sur un marché ou à prendre de l'expansion, la demande décline, la croissance est plus lente que prévu ou il y a une surcapacité sur le marché[36]. De

même, il est assez naïf de présumer qu'une entreprise en place devrait attendre sans réagir l'entrée d'un nouveau venu dynamique. Il est plus raisonnable de penser que l'entreprise en place accroîtra sa production et réduira ses prix de façon à empêcher l'érosion de sa part de marché.

Selon Williamson, on peut déterminer l'existence de pratiques d'éviction en appliquant la règle de la restriction de la production, qui met l'accent sur le comportement de l'entreprise dominante lorsque de nouvelles entreprises entrent sur le marché[37]. Il émet l'hypothèse que si les niveaux de production après l'entrée sont supérieurs à ceux qui précèdent l'entrée, l'entreprise dominante a agi de façon abusive. C'est une règle pratique car il est facile de déterminer si une entreprise a augmenté sa production, mais on peut se demander si le simple fait de réagir à des entrants en exerçant une pression sur eux constitue un critère satisfaisant pour déterminer l'existence de prix d'éviction, compte tenu des raisons commerciales à la clé d'un tel comportement décrites ci-dessus.

Selon certains auteurs[38], la preuve d'intention est utile pour établir une distinction entre de véritables pratiques d'éviction et une réduction des prix favorable à la concurrence. La difficulté associée à cette démarche est qu'il est souvent impossible de produire des preuves fiables de l'intention. D'une part, les termes employés pour décrire les techniques commerciales manquent de précision et une concurrence dynamique peut être exprimée en des termes qui semblent relever de la prédation, d'autre part, des gens d'affaires expérimentés peuvent être en mesure de masquer efficacement leurs intentions. Il arrive donc souvent qu'on ne dispose d'aucune preuve de l'intention. C'est pourquoi d'autres commentateurs ont contesté la valeur de la preuve d'intention[39].

Un dernier facteur se rapportant à l'effet anticoncurrentiel des pratiques d'éviction est que l'ampleur des répercussions dépend de la mesure dans laquelle le concurrent éliminé stimulait la concurrence sur le marché. Lorsque le concurrent éliminé était particulièrement vigoureux, efficace ou innovateur, son élimination par l'établissement par un prédateur de prix inférieurs aux coûts accroîtra la perte que représentent les pratiques d'éviction pour la société.

Il est rare que l'on soit en désaccord avec l'idée que les prix d'éviction ont des effets nuisibles sur la concurrence, mais en pratique leur existence est souvent matière à débat. Dans une récente étude menée au Royaume-Uni sur une période de 10 ans, on a découvert que seulement six (6) affaires de prix d'éviction ont fait l'objet de poursuite et que dans seulement trois (3) cas, à l'absence de pratiques d'éviction[40]. L'absence d'exemples probants peut indiquer que les organismes d'application de la loi mettent l'accent sur d'autres types de comportement anticoncurrentiel, qu'il est ardu de réunir les preuves dans ce genre d'affaires, qu'on éprouve des difficultés à concevoir des règles juridiques efficaces pour faire échec à ces pratiques ou qu'il existe une combinaison quelconque de ces facteurs[41].

Les poursuites pénales et les procès civils entre particuliers fondés sur des accusations de pratiques d'éviction sont beaucoup plus nombreux aux États-Unis. Néanmoins, dans un examen de la jurisprudence des États-Unis où des sociétés ont été poursuivies avec succès, certains commentateurs ont conclu que de nombreuses entreprises avaient été condamnées par erreur même si le critère de pratique d'éviction utilisé,

celui du prix inférieur au coût total moyen, est relativement peu rigoureux[42]. D'autres études portant sur différentes affaires parviennent, toutefois, à la conclusion qu'il y a eu bel et bien pratique d'éviction[43].

Pour résumer, on peut mettre en évidence différents indicateurs de base des pratiques d'éviction dont aucun n'est toutefois concluant :

1. Puissance commerciale définie en fonction des parts du marché et des obstacles à l'entrée. En l'absence de puissance commerciale, les possibilités de récupérer les coûts d'une campagne d'éviction sont minces.

2. Politique de vente à des prix inférieurs aux coûts du prédateur, selon un critère quelconque.
   A) Lorsque les ventes se font à des prix inférieurs au coût total moyen et que le prédateur n'a aucune explication allant dans le sens de la concurrence, par exemple :
   (i) volonté d'être à la hauteur de la concurrence ou de s'adapter à des changements dans les conditions de la demande;
   (ii) offre excédentaire.

   B) Lorsque les ventes se font à des prix inférieurs au coût variable moyen.

3. Preuve de l'intention d'éviction.

Cette liste simple soulève, sans la résoudre, la difficulté de déterminer comment chacun de ces indicateurs peut être utilisé en pratique. Si l'on comprend facilement le principe selon lequel la puissance commerciale est indispensable pour rendre les stratégies d'éviction crédibles, l'évaluation de la puissance commerciale n'en pose pas moins un problème en soi. Tout d'abord, des questions complexes entrent en jeu lorsqu'il s'agit de déterminer le produit pertinent et le marché géographique. De même, bien que les obstacles à l'entrée puissent être facilement mis en évidence, notamment les coûts irrécupérables et les économies d'échelle, le degré de précision avec lequel ils peuvent être mesurés et la méthode pour les évaluer sont matière à débat. Quand les coûts irrécupérables sont-ils suffisamment élevés pour constituer un obstacle à l'entrée? Doit-on prendre en compte les coûts irrécupérables découlant des gains en efficience de l'entreprise dominante? Et quel traitement convient-il de réserver aux obstacles découlant de notions subjectives comme la réputation, dont l'évaluation est encore plus difficile?

Même l'évaluation des coûts pose problème. En principe, les coûts pertinents devraient être les coûts marginaux que prévoit d'engager le prédateur tout au long de la période d'éviction. Comme il est difficile de déterminer les coûts marginaux sur le plan pratique, on leur substitue souvent les coûts variables moyens, alors qu'il peut être difficile d'évaluer avec certitude le coût variable moyen. Dans le cas de décisions judiciaires rendues aux États-Unis, la détermination des coûts a été décrite comme étant plus ardue que l'analyse de la puissance commerciale[44].

Enfin, comme nous l'avons noté précédemment, la preuve de l'intention subjective d'adopter des pratiques d'éviction est à la fois difficile à faire et souvent ambiguë. Bien que ce soit, aux yeux de certains, la seule façon d'établir une différence entre les pratiques d'éviction et la concurrence proprement dite, sa fiabilité est contestable, ce qui explique qu'elle soit souvent insuffisante comme fondement indépendant pour déterminer la responsabilité juridique. Dans certains cas de véritables pratiques d'éviction, cela ne sera pas possible. Dans les cas où il n'y a pas de perspectives de récupération, les pratiques d'éviction intentionnelles n'auront pas d'effets préjudiciables sur les consommateurs. En fait, les consommateurs bénéficieront de bas prix au cours de la campagne d'éviction non fructueuse, le seul risque étant l'élimination d'un concurrent efficace.

Maintien des prix

On parle de maintien des prix lorsqu'une entreprise essaie d'établir un prix minimum auquel une autre entreprise peut vendre son produit. Cette pratique est l'une des pratiques restrictives les plus répandues sur le marché[45]. Le maintien des prix de revente peut se faire verticalement, c'est-à-dire entre un grossiste et un détaillant qui revend les produits du fournisseur, mais cette activité peut également faire partie d'une entente horizontale entre concurrents qui conviennent d'imposer un prix de revente aux revendeurs de leurs produits.

La raison économique de l'interdiction en vertu du droit de la concurrence du maintien des prix de revente dans l'axe vertical est que cette pratique amoindrit la concurrence en limitant la capacité du détaillant à être concurrentiel en matière de prix. Elle conduit à des prix plus élevés pour les consommateurs, accroît les marges des détaillants et, en fin de compte, protège les détaillants inefficaces qui ne prospéreraient pas dans un environnement véritablement concurrentiel. Il peut également en découler une mauvaise affectation des ressources lorsque les détaillants consacrent des ressources excessives à la concurrence hors-prix par exemple, en privilégiant le rôle du personnel de vente, la rapidité de livraison et le service après vente. En l'absence de maintien des prix, la concurrence élimine plus facilement les détaillants moins efficaces ce qui, à long terme[46], conduit à des réductions des prix et des coûts. Lorsque le maintien des prix est mis en œuvre par un fournisseur uniquement en réponse à la pression exercée par l'un de ses plus gros clients cherchant à éliminer la politique de bas prix des concurrents de ce client, le seul objectif peut être de protéger le gros client de la concurrence des prix[47]. Par ailleurs, l'efficacité est beaucoup mieux servie par la liberté de contrat et, selon de nombreux commentateurs, le maintien des prix de revente sur l'axe vertical devrait être autorisé, du moins dans certains cas.

Horizontalement, le maintien des prix est anticoncurrentiel lorsqu'il prend la forme d'une entente entre fournisseurs pour fixer les prix. Lorsque les fournisseurs conviennent, non pas de fixer leurs propres prix, mais d'imposer le maintien de prix de revente, les effets anticoncurrentiels sont faciles à cerner. On parvient ainsi à empêcher la concurrence entre les clients. De même, la pratique réduit l'incertitude sur le marché et facilite la collusion entre fournisseurs. En l'absence de maintien des prix, les fournisseurs concurrents ignorent en fait si l'établissement de bas prix de détail reflète la décision des concurrents ou des détaillants et ils sont, par conséquent, davantage portés à baisser leurs propres prix. Dans un contexte de maintien

des prix, on s'attendrait à ce que les fournisseurs atteignent des niveaux maximisant les profits conjoints puisqu'ils savent que les prix de détail reflètent les prix de fournisseurs concurrents plutôt que les bas prix résultant de la concurrence entre les détaillants.

Pourquoi les entreprises pratiquent-elle le maintien des prix[48]? Au moins trois séries de raisons économiques sont proposées couramment.

D'abord, en ce qui a trait au maintien des prix dans une structure purement verticale, plusieurs explications liées à l'efficacité sont possibles. Les fournisseurs peuvent être désireux d'encourager les revendeurs à se livrer concurrence sur des variables explicites de la demande autres que le prix, notamment le service. Le marché de détail peut ne pas offrir le niveau optimal de service que désire le fournisseur, en raison d'un problème de « parasites ». En effet, dans des gammes de produits techniquement complexes comme les ordinateurs ou les produits électroniques, les magasins de rabais peuvent profiter indûment des efforts des détaillants offrant un service complet et de qualité avant et après la vente. Le maintien des prix de revente donne alors aux détaillants la motivation requise pour offrir un bon service aux consommateurs, car ils n'ont pas à se faire concurrence sur le prix[49].

La motivation des fournisseurs à s'engager dans cette pratique devrait être fondée sur l'idée que l'accroissement de la demande résultant de l'amélioration du service fera mieux que compenser la réduction du niveau de la demande liée à des prix élevés. Bien que les niveaux de service puissent être précisés dans un contrat, le maintien des prix de revente peut réduire les coûts de transaction et de contrôle et, par conséquent, s'avérer plus rentable[50].

Une autre explication rattachée à l'efficacité est que dans certains secteurs, notamment la haute couture, les fournisseurs peuvent tenir à protéger l'image de leur produit, laquelle pourrait être altérée si l'article était vendu au rabais ou utilisé comme produit d'appel. Là encore, le fournisseur doit être en mesure de se dire que le prestige associé à un prix plus élevé fait qu'on maximise les profits en empêchant la vente au rabais. Les fournisseurs peuvent également avoir recours au maintien des prix de revente afin d'inciter les revendeurs à augmenter le nombre de points de vente ou à promouvoir leur produit ou encore dans le but de leur garantir des marges suffisantes pour qu'ils puissent absorber le coût de la garantie de qualité incombant aux détaillants.

Un seconde série de raisons est qu'un cartel entre fournisseurs peut être facilité par une entente pour imposer des prix de revente. En fixant les prix de revente, le cartel pourra facilement contrôler les prix de gros, en particulier lorsque ces prix ne sont pas non plus faciles à observer. De même, les fournisseurs peuvent entrer dans un cartel dans le seul but de fixer les prix de revente comme nous l'avons dit précédemment. La troisième raison est que le maintien des prix de revente pourrait être la caractéristique d'un cartel au niveau de la revente. Les détaillants menacés par l'entrée sur le marché de soldeurs peuvent faire front commun pour obtenir que les fournisseurs fixent les prix de revente afin d'empêcher les soldeurs d'entrer avec succès sur le marché. Marvel et McCafferty expliquent comment la National Association of Druggists des États-Unis, ardent défenseur du maintien des prix, a lancé le mot d'ordre à ses membres de

mettre à l'index Pepsodent, l'un de ses fournisseurs, lorsque cette société a cessé de pratiquer le maintien des prix en Californie. Il s'en est suivi que Pepsodent a pratiquement disparu de l'État de Californie et a vu ses ventes chuter de 40 pour cent sur le territoire américain. Pepsodent a réagi en réintroduisant le maintien des prix[51].

À la lumière de leur récente étude sur le maintien des prix aux États-Unis, Deneckere, Marvel et Peck déclarent avec justesse que, « ...le maintien des prix de revente occupe une place à part du fait qu'il est à la fois illégal en soi et pratiqué à grande échelle »[52]. Néanmoins, on manque de preuves empiriques sur les effets du maintien des prix de revente sur la concurrence, ce que déplorent ceux qui s'intéressent de près à leur étude[53]. L'existence du maintien des prix ne fait aucun doute, mais on conteste ses effets bienfaisants en grande partie à cause des nombreuses raisons pour lesquelles les entreprises ont recours à cette stratégie.

Dans leurs travaux décrits précédemment, Marvel et McCafferty affirment que le maintien des prix est anticoncurrentiel lorsque les fabricants y ont recours pour instaurer ou maintenir un pouvoir monopolistique en contrôlant le réseau de distribution[54]. Les études empiriques, toutefois, portent à croire que le maintien des prix associé à de tels cartels est rare. C'est la conclusion à laquelle parvient Ippolito dans son analyse des affaires de maintien des prix dont on été saisis les tribunaux américains entre 1976 et 1982[55]. Bien qu'à l'issue de son analyse des preuves elle soit parvenue à la conclusion qu'il n'y a pas de théorie simple permettant d'expliquer les activités de maintien des prix, son étude donne à penser que les ententes purement verticales entre fournisseurs et clients sont très courantes et, par conséquent, qu'il y a place pour les explications d'efficience fournies par l'amélioration du service, l'image de marque et les autres théories. Les autorités chargées du maintien de la concurrence doivent être capables de trouver les raisons à l'origine des différentes utilisations du maintien des prix dans des cas particuliers pour cerner et évaluer les effets anticoncurrentiels, y compris leurs effets sur l'efficience.

Alors que toutes les ententes horizontales de maintien des prix peuvent être anticoncurrentielles, l'analyse se révèle plus complexe pour les ententes purement verticales puisqu'il faut déterminer quel serait le bien-être du consommateur en l'absence de maintien des prix. Néanmoins, il est possible de dresser la liste de certains indices économiques relatifs au maintien vertical des prix anticoncurrentiels, à savoir :

1. La personne qui met en œuvre le maintien des prix (le « *fournisseur* ») possède une puissance commerciale sur le marché, par exemple les clients sont dans l'incapacité de changer de fournisseur;

2. Le fournisseur ne fonde pas ses activités sur l'efficience, à savoir le désir de donner un meilleur service ou d'empêcher des pratiques qui nuiraient à la marque, telles que la vente à perte ou la publicité trompeuse;

3. Le fournisseur a été poussé à mettre en œuvre le maintien des prix en ce qui a trait à un

client par un autre client qui lui fait concurrence.

Comme l'indique notre analyse, la présence des facteurs 1 et 2 est une condition nécessaire pour que le maintien des prix ait un effet anticoncurrentiel, même si l'ampleur de cet effet dépend des circonstances particulières à chaque cas, et oblige à réunir des données significatives et à établir des prévisions microéconomiques ardues concernant la demande et les autres variables.

En l'absence de toute justification relative à l'efficience décrite à l'égard du facteur 2, le maintien des prix de revente sous la pression d'un gros client, dont il est question au facteur 3, se fonde sur un motif anticoncurrentiel. Néanmoins, un gros client ne réussira à contraindre un fournisseur à mettre en œuvre le maintien des prix que s'il a lui-même une puissance commerciale sur le marché. Ajoutons que le maintien des prix de revente en réaction à la pression d'un gros client n'aura des répercussions préjudiciables sur le client dont le fournisseur cherche à maintenir les prix que si le facteur 1 est également présent. Lorsqu'un fournisseur n'occupe pas une position de force sur le marché mais que le maintien des prix est imposé à tous les fournisseurs dans une industrie par un cartel de fournisseurs ou de détaillants, le résultat pourrait être anticoncurrentiel.

Défis de la nouvelle économie

L'économie canadienne est devenue de plus en plus concurrentielle par suite de la mondialisation, en partie en raison du processus soutenu de libéralisation des échanges. De même, dans certains secteurs, les réseaux de distribution ont subi d'importants changements. L'apparition de magasins de détail vendant en grandes quantités et du commerce électronique est à la fois une cause et un effet de l'accroissement de la concurrence. Même à un niveau plus fondamental, l'économie subit actuellement une transformation radicale : elle devient de plus en plus axée sur le savoir et stimulée par l'innovation. Ces caractéristiques de la nouvelle économie peuvent nécessiter une reformulation de la politique de la concurrence par rapport aux pratiques anticoncurrentielles en matière de prix.

L'ancienne économie était stimulée par la fabrication et des produits tangibles et elle était axée sur la répartition des ressources matérielles. La nouvelle est une économie du savoir stimulée par la technologie. Elle est orientée vers l'innovation, la création de nouvelles valeurs d'usage, et la création de produits et services.

La concurrence au sein de la nouvelle économie a pris un jour nouveau en raison du rythme du changement technologique. Autrefois, de nombreuses entreprises avaient tendance à tenir leur milieu pour acquis, car les technologies, les institutions et les préférences n'évoluaient guère. Elles s'efforçaient d'optimiser leurs résultats au sein de ce contexte en choisissant la « bonne » technologie et la « bonne » combinaison de produits. Dans bien des secteurs, le rôle de l'innovation était relativement modeste.

Aujourd'hui, dans la plupart des secteurs, la concurrence s'est faite plus vive en raison de la mondialisation et de l'accélération du changement technologique, contraignant les entreprises à intégrer

à leurs activités une philosophie de l'amélioration et de l'innovation continues et à devenir des organisations intelligentes pour rester dans la course. Pour ce faire, elles doivent disposer d'une flexibilité organisationnelle qui ne leur était pas nécessaire auparavant[56]. De plus en plus, l'apprentissage est la source de la création de richesse et, afin d'optimiser les possibilités d'apprentissage, les entreprises doivent atteindre un plus haut degré de coopération. La nouvelle économie s'appuie sur de nouveaux modes de direction collégiale, d'alliances et de partage des connaissances entre les entreprises.

Au chapitre de la politique de la concurrence, l'intensification de la concurrence et le changement technologique signifient que l'efficience doit être considérée plus que jamais d'un point de vue dynamique[57]. Il y a lieu d'évaluer l'incidence du comportement sur l'efficience à la lumière du changement continu provoqué par l'intensification de la concurrence et de l'innovation qui caractérise certains secteurs comme celui de la technologie de l'information[58].

Au cœur de la nouvelle économie, on trouve certains principes qui peuvent avoir de profondes implications pour la politique de la concurrence.

1. *La place centrale qu'occupe le changement technologique dans la croissance économique*

Si l'idée que le changement technologique stimule la croissance économique n'est pas nouvelle[59], le rythme de plus en plus rapide des progrès techniques renforce et consolide la place de la technologie en tant que moteur économique de la croissance. Cela nous amène à prendre conscience de l'importance de l'innovation pour la croissance économique et, parallèlement, de l'intérêt que la politique publique assure des conditions optimales pour l'activité innovatrice. La politique de la concurrence doit maintenant se pencher avec davantage de sérieux sur le rôle de l'innovation dans la vitalité de l'économie[60].

Aux États-Unis, on observe une prise de conscience de l'interaction entre l'innovation, la croissance économique et la politique de la concurrence au milieu des années 90[61]. Des discours prononcés récemment par les chefs des divisions antitrust du ministère de la Justice[62] et de la Federal Trade Commission[63] confirment cette démarche. L'importance de l'innovation est également reconnue au Canada[64], mais la *Loi sur la concurrence* ne permet malheureusement pas qu'on se penche de façon uniforme sur de telles considérations[65]. Le Bureau de la concurrence a abordé certains aspects de l'innovation dans son ouvrage intitulé *Les alliances stratégiques en vertu de la Loi sur la concurrence*[66] et dans les lignes directrices sur les fusionnements (Fusionnements - Lignes directrices d'application de la Loi). Les *droits de propriété intellectuelle font l'objet d'un projet de lignes directrices* (Propriété intellectuelle - Lignes directrices pour l'application de la Loi) publiées pour commentaires en juin 1999. Aucune politique-cadre fondée sur la primauté de l'innovation n'a été élaborée.

2. *Gains croissants et coûts marginaux faibles ou nuls*

On parle de gains croissants lorsque les coûts unitaires de production diminuent à mesure que l'entreprise fabrique davantage de produits[67]. Les gains croissants sont une caractéristique de nombreux secteurs de la nouvelle économie[68], en particulier ceux des technologies de l'information et des communications. Les entreprises de ces secteurs peuvent avoir besoin d'engager des coûts irrécupérables extrêmement importants pour développer un nouveau produit, comme un nouveau logiciel, mais une fois la première unité vendue, le coût marginal de la fourniture d'une unité supplémentaire est nul ou pratiquement nul. Cette situation implique que le défi réside non dans le fait de répondre à la demande mais plutôt dans la *création* de la demande du nouveau produit[69]. Il suffit pour comprendre ce point de penser à l'extraordinaire campagne de marketing menée par Microsoft avant de diffuser Windows 98.

On observe également le phénomène des gains croissants dans les secteurs caractérisés par les économies d'échelle. Les grandes surfaces qui vendent d'énormes quantités bénéficient sur les coûts unitaires d'importantes réductions proportionnelles au nombre d'unités vendues, si bien qu'elles sont en mesure non seulement de répartir leurs coûts sur un plus grand nombre d'unités, mais également d'obtenir d'importants escomptes de leurs fournisseurs en raison de l'ampleur de leur pouvoir d'achat. Par conséquent, elles sont capables de réaliser des profits tout en cassant fortement les prix par rapport à leurs petits concurrents indépendants.

3. *Profits réalisés grâce à un monopole - de courte durée voire inexistants.*

De façon à protéger les consommateurs et à assurer le maintien de la concurrence, l'un des objectifs de la politique est de contrôler les activités des entreprises dominantes qui constituent un abus de leur puissance commerciale. Dans certains secteurs de la nouvelle économie, toutefois, même le monopole dont jouit une entreprise qui met sur le marché la dernière innovation en matière de logiciels, ne saurait durer, au point que la nécessité d'appliquer le droit de la concurrence s'en trouve réduite d'autant.

Les entreprises établies sont détrônées rapidement et leurs produits sont remplacés par d'autres produits qui répondent à de nouveaux besoins sur le marché. Les entreprises établies ne réalisent le plus souvent que des profits ordinaires étant donné que la demande évolue avant qu'il ne se soit écoulé suffisamment de temps pour que leurs gains dépassent de beaucoup la normale[70].

4. *Importance nouvelle des normes*

Dans la nouvelle économie, l'appropriation rapide d'une grande part du marché de façon à imposer la domination d'une norme est une stratégie commerciale de plus en plus courante. Les normes constituent un exemple des effets de réseau. On parle d'effet de réseau lorsque la valeur d'un produit augmente avec le nombre d'utilisateurs. Le logiciel en est un exemple classique : plus les gens qui utilisent un logiciel de

traitement de texte sont nombreux, plus ce logiciel prend de la valeur. Lorsqu'un produit devient la norme d'une industrie, les effets de réseau sont importants. Lorsque les normes deviennent une caractéristique cruciale de la concurrence, les efforts pour établir la domination de l'une d'entre elles, y compris le recours à des prix peu élevés, doivent être partie intégrante d'une stratégie concurrentielle.

Ces quatre facteurs peuvent obliger à repenser la politique de la concurrence. En ce qui a trait aux pratiques en matière de prix, l'efficience légitime qui renforce la concurrence par la réduction des prix deviendra probablement plus répandue, en particulier dans les secteurs caractérisés par des taux élevés d'innovation et par des gains croissants, où la perspective d'établir la norme pour l'industrie peut être à l'origine d'importants bénéfices. Parallèlement, là encore, dans certaines industries, la technologie réduit les obstacles à l'entrée, à la fois par des innovations au chapitre du marketing et de la distribution — c'est le cas du commerce électronique — et par l'introduction de méthodes de participation à l'activité commerciale peu coûteuses. L'édition est à cet égard un secteur où la technologie a considérablement réduit les coûts de lancement d'une entreprise, du moins dans certains créneaux. Un meilleur accès à l'information réduit les obstacles à l'entrée sur tous les marchés et, ce faisant, la technologie élargit la portée des marchés géographiques et des produits eux-mêmes. Lorsque l'on réunit différents facteurs, soit l'abaissement des obstacles à l'entrée et la multiplication des menaces émanant de nouveaux produits et technologies qui pèsent sur la position dominante d'entreprises sur certains marchés, les possibilités qu'une entreprise puisse tirer parti de son influence économique pour nuire à la concurrence se trouvent très nettement réduites.

Parallèlement, l'une des caractéristiques d'un marché stimulé par l'innovation est que l'innovateur sera en position dominante, du moins pendant un certain temps, et que sa situation lui permettra probablement de réaliser des gains en efficience associés à sa situation. Selon Richardson, par exemple, les grandes entreprises ou même les entreprises dominantes peuvent atteindre des résultats supérieurs sur le plan de l'innovation en raison des avantages que leur procurent les économies d'échelle, de même que de l'expérience d'apprentissage fort précieuse qu'elles auront acquise grâce à leurs succès précédents dans l'innovation[71], dont l'effet est cumulatif. Il est important que les autorités chargées de l'application du droit de la concurrence prennent en compte ces aspects de la concurrence dans la nouvelle économie. En conséquence, ces dernières devraient de plus en plus mettre l'accent sur les objectifs d'efficience dynamique, plutôt que statique, dans l'analyse de leurs activités. L'efficience dynamique repose sur le principe voulant que l'innovation soit essentielle, que l'établissement d'une norme puisse être bénéfique aux consommateurs et qu'aucune norme, de toute façon, ne durera éternellement puisque les normes elles-mêmes sont le siège d'une vive concurrence[72].

Dans la nouvelle économie, la concurrence, loin de s'amoindrir, ne fait que s'intensifier. Un nombre croissant de petites et moyennes entreprises indépendantes fermeront leurs portes. Elles seront remplacées par de nouvelles entreprises, dont beaucoup échoueront à leur tour. La difficulté de définir avec exactitude les comportements anticoncurrentiels en matière de prix et d'adopter les mesures de répression pour y faire échec ne fera que s'accentuer et le Bureau de la concurrence devra être vigilant pour que ses politiques d'application de la loi soient adaptées aux exigences de la nouvelle économie en fonction desquelles elles

doivent être conçues.

Facteurs à prendre en considération concernant la politique-cadre de la concurrence pour les pratiques anticoncurrentielles en matière de prix

La mise au point de règles et de procédures de fond destinées à faire en sorte que des remèdes efficaces soient prévus pour faire échec aux pratiques anticoncurrentielles en matière de prix ne va pas sans difficulté. Comme en témoigne notre analyse, ces pratiques soulèvent des problèmes difficiles à résoudre, car il s'agit de trouver une façon d'établir une distinction entre un comportement qui porte atteinte à la concurrence et un autre comportement qui est efficace et favorise la concurrence. Même si l'on parvient à définir des critères pertinents pour déterminer le comportement qui donnera lieu à des mesures de répression, la façon dont on prendra des mesures d'exécution pour y faire échec demeure un problème fondamental à résoudre. Réunir les preuves, de même que mettre au point des procédures qui offriront un redressement pertinent en temps opportun et à un coût raisonnable, s'avère extrêmement difficile. Dans la présente section, nous mettrons l'accent sur la première série de difficultés : concevoir des règles pour cerner les pratiques anticoncurrentielles en matière de prix. Les autres questions seront abordées dans le reste du rapport.

Le débat central concernant la conception des règles du droit de la concurrence consiste à déterminer les comportements qu'il convient d'interdire purement et simplement de façon non discrétionnaire, et ceux qu'il convient d'aborder selon « l'approche de la règle de la raison », c'est-à-dire en tenant compte de tous les éléments relatifs à chaque cas particulier pour déterminer s'il y a, en réalité, un effet anticoncurrentiel. En adoptant cette approche, on en vient à examiner et à peser différents facteurs liés aux répercussions d'une activité sur la concurrence afin de déterminer si cette activité constitue une restriction déraisonnable à la concurrence. Ce type d'approche exige une définition du marché pertinent et une prise en compte de sa structure et des conditions qui président à la concurrence, y compris les obstacles à l'entrée, de façon à déterminer si la personne qui se livre à ces pratiques restrictives détient une puissance commerciale. Une telle démarche exige également une évaluation de l'objet et de l'effet de l'activité, de même que toutes les explications rattachées à l'efficience qui la motive[73]. Avant de déterminer le type de démarche approprié pour faire échec aux pratiques anticoncurrentielles en matière de prix, il est utile de faire certaines observations générales sur le choix entre l'approche non discrétionnaire et l'approche de la règle de la raison[74].

L'approche non discrétionnaire présente certains avantages. Elle offre une orientation claire aux gens d'affaires, aux consommateurs et à leurs conseillers concernant ce qui est interdit, leur permettant ainsi de se conformer facilement à la loi et de chercher à obtenir réparation lorsque cette dernière a été violée. L'approche non discrétionnaire facilite également les activités de mise en application étant donné que les éléments du comportement à étayer par des preuves sont clairement établis et ne sont pas liés à des arguments microéconomiques complexes relatifs à l'effet sur la concurrence, lesquels peuvent en bout de ligne être contestés.

Le principal désavantage de l'approche non discrétionnaire est qu'elle est trop englobante, qu'elle ne l'est

pas assez ou qu'elle présente les deux défauts à la fois. En raison de la difficulté de définir avec précision le type de comportement prohibé, les règles non discrétionnaires ne prennent souvent pas en compte la totalité des comportements anticoncurrentiels, s'attaquent à des comportements qui favorisent la concurrence, ou font les deux. Ce dernier, est celui qui pose le problème le plus grave, non seulement parce que la loi pénalise alors précisément le comportement que la politique de la concurrence cherche à favoriser, mais également parce qu'elle a ainsi un effet paralysant sur le marché : elle dissuade toutes les entreprises d'adopter un comportement favorisant la concurrence lorsqu'elles risquent de contrevenir à la loi.

Ce problème est en grande partie résolu par l'approche de la règle de la raison, qui exige une enquête très fouillée sur l'effet de la concurrence pour qu'on puisse déterminer qu'un comportement est contraire à la loi et préconiser un remède. Il devrait en résulter une évaluation plus exacte de ce qu'est un comportement anticoncurrentiel et l'effet paralysant sur les activités qui stimulent la concurrence devrait s'en trouver considérablement atténué. Parallèlement, la mesure dans laquelle les gens d'affaires et leurs conseillers peuvent savoir avec certitude si un comportement donné donnera lieu à des mesures de répression s'en trouve réduite considérablement également. Outre l'absence de prévisibilité, l'approche de la règle de la raison est beaucoup plus onéreuse. En effet, en cas de procédure, elle requiert la production par les deux parties de données sur les coûts, les résultats et les profits ainsi que de prévisions microéconomiques de la demande et d'autres variables, sans compter que le processus d'arbitrage est inévitablement long et complexe.

Le choix entre ces deux approches, en relation avec une catégorie donnée de comportements, dépend en partie de la plausibilité de la conception de règles non discrétionnaires indiquant avec suffisamment de précision la ligne de démarcation entre les comportements. Tout dépend par ailleurs de l'analyse du comportement dans une optique économique. Lorsqu'un comportement donné peut être, selon les circonstances, bénéfique pour la concurrence ou anticoncurrentiel, il est difficile de justifier une règle non discrétionnaire. Comme la perspective économique selon laquelle on aborde les pratiques anticoncurrentielles en matière de prix a évolué, il y a maintenant de toute évidence de nombreux cas où la discrimination par les prix et le maintien des prix reposent sur une intention favorable à la concurrence, et il est difficile d'établir la distinction entre une réduction des prix favorable à la concurrence et des bas prix d'éviction. Le seul fait que notre perspective économique continue d'évoluer incite les juristes à se prononcer contre une norme non discrétionnaire. Mentionnons également que l'approche de la règle de la raison permettrait aux autorités d'arbitrage du droit de la concurrence de prendre en compte les changements qui touchent l'économie canadienne, y compris leurs incidences différentes sur divers secteurs. L'adoption de l'approche de la règle de la raison correspond à la tendance à long terme observée au Canada de même qu'aux États-Unis[75].

Dans le contexte canadien, la seconde grande question qui se pose par rapport à la conception des règles du droit de la concurrence consiste à déterminer si une conduite anticoncurrentielle doit être considérée comme une infraction criminelle ou faire l'objet d'une sanction au civil, c'est-à-dire susceptible de donner lieu uniquement à une ordonnance du Tribunal de la concurrence interdisant la conduite anticoncurrentielle

ou visant d'une façon quelconque à restaurer la concurrence. Compte tenu de l'incertitude associée à l'approche de la règle de la raison, son application semble appropriée lorsque le comportement peut entraîner une condamnation pénale et l'ostracisme qui s'y rattache. On peut ajouter à cette considération une observation pratique, selon laquelle il est extrêmement difficile de prouver les conclusions de l'analyse économique requise par l'approche de la règle de la raison en respectant la norme de la preuve en vigueur en matière pénale, hors de tout doute raisonnable.

Plusieurs autres facteurs militent en faveur de la juridiction civile. La discrimination par les prix, les pratiques d'éviction et le maintien des prix ne sont pas de manière inhérente des activités criminelles. Aucune de ces activités ne suppose la turpitude morale associée au complot ou au truquage des offres. Historiquement, le fondement constitutionnel de la compétence du gouvernement fédéral en ce qui concerne le droit de la concurrence a été son pouvoir en matière de droit pénal et, par conséquent, les dispositions législatives portant sur les agissements anticoncurrentiels lorsqu'elles ont été formulées à l'origine en ont fait des infractions criminelles. Récemment, les tribunaux ont adopté une notion plus vaste de la portée du pouvoir dévolu au gouvernement fédéral en matière pénale et reconnu que la compétence fédérale concernant le droit de la concurrence peut se fonder également sur son autorité législative liée au commerce[76]. Actuellement, rien n'empêche de lutter contre les pratiques anticoncurrentielles en en confiant la juridiction à des autorités civiles.

L'une des raisons pratiques militant en faveur de cette solution est que le fardeau de la preuve en droit civil repose sur la prépondérance des probabilités. En raison de la nature fondamentalement contestable des éléments appréciés en fonction de la règle de la raison, ce fardeau est beaucoup mieux adapté que le fardeau de la preuve absolue en vigueur dans le droit pénal. De même, le Tribunal de la concurrence est doté d'experts en économie ayant les compétences requises pour faire des évaluations difficiles concernant l'effet sur la concurrence. Cette caractéristique peut revêtir une importance considérable en ce qui a trait aux pratiques d'éviction, où la ligne de démarcation entre une réduction des prix nuisible à la concurrence et une concurrence dynamique est fort mince.

Enfin, le fait de confier à une juridiction civile, les causes ayant trait aux pratiques anticoncurrentielles en matière de prix introduirait une certaine uniformité dans la façon dont on aborde l'ensemble des stratégies commerciales. Il n'y a aucune raison évidente de traiter des pratiques de prix verticales dans une juridiction pénale alors que les autres pratiques anticoncurrentielles observées dans un contexte vertical relèvent exclusivement de la juridiction civile. Cet argument est encore plus convaincant en ce qui a trait à la discrimination par les prix. Il existe des stratégies hors-prix équivalentes sur le plan fonctionnel à la discrimination par les prix, lesquelles ne relèvent que des autorités civiles, soit en vertu de la disposition sur l'abus de position dominante ou d'autres dispositions civiles distinctes. La vente liée et d'autres ajustements indépendants des prix aux conditions de commerce peuvent être utilisés comme stratégie de rechange à la discrimination par les prix afin d'augmenter les coûts pour certains acheteurs.

Quels que soient les avantages généraux de l'approche de la règle de la raison, dans la mesure où certains aspects particuliers à la discrimination par les prix, aux pratiques d'éviction ou au maintien des prix peuvent

être définis, à partir de critères précis, comme n'étant jamais anticoncurrentiels ou toujours anticoncurrentiels, une approche non discrétionnaire est indiquée dans l'intérêt de la prévisibilité et de la certitude. Selon notre analyse économique, quelques aspects de chaque catégorie de pratiques en matière de prix peuvent donner lieu à ce genre de traitement.

Ces prémisses étant posées, nous examinerons dans la partie II les dispositions actuelles de la *Loi sur la concurrence* portant sur les pratiques anticoncurrentielles en matière de prix, en analysant à la fois les dispositions elles-mêmes et la jurisprudence restreinte s'y rapportant, de même que les lignes directrices pour l'application publiées par le Bureau pour la discrimination par les prix et les prix d'éviction.

PARTIE II Dispositions de la *Loi sur la concurrence* visant les pratiques anticoncurrentielles en matière de prix

Économie générale de la *Loi sur la concurrence*

Introduction

Une diversité de dispositions de la *Loi sur la concurrence* traitent des trois types de pratiques anticoncurrentielles en matière de prix qui sont abordées dans la présente étude : la discrimination par les prix, l'établissement de prix d'éviction et le maintien des prix. Certains d'entre eux constituent des infractions criminelles. D'autres apparaissent dans la partie VIII, qui est la partie civile de la Loi. Lorsqu'il y a contravention à une disposition de nature civile, le commissaire peut demander au Tribunal de la concurrence de rendre une ordonnance enjoignant à la personne qui se livre au comportement anticoncurrentiel d'y mettre fin. Pour que le Tribunal rende une telle ordonnance, il faut que le comportement anticoncurrentiel entraîne un certain effet sur la concurrence. Dans les sections suivantes de la présente partie, on décrira la loi telle qu'elle a été interprétée par les tribunaux, ainsi que les lignes directrices du Bureau sur la discrimination par les prix, et ses lignes directrices sur les prix d'éviction.

Nous commencerons par un aperçu général de toutes les dispositions pertinentes de la Loi. L'analyse plus détaillée qui suit se limite aux trois dispositions de nature pénale qui concernent directement la discrimination par les prix, les prix d'éviction et le maintien des prix, ainsi que la disposition relative à l'abus de position dominante.

Discrimination par les prix

La Loi renferme une variété de dispositions portant sur les cas dans lesquels des prix différents sont demandés à des clients différents. Certaines de ces dispositions qualifient ces pratiques de fixation des prix de « discrimination », même si les critères économiques d'une véritable discrimination, tels qu'ils sont analysés dans la partie I, ne sont pas nécessairement présents. Dans l'analyse qui suit, nous utiliserons cette définition étendue du mot « discrimination » pour l'ensemble des cas où les prix sont différenciés.

La disposition générale en matière de discrimination par les prix est l'alinéa 50(1)*a)* de la *Loi sur la concurrence*. La discrimination par les prix qui est pratiquée par un vendeur lorsqu'il vend des articles à des acheteurs qui achètent la même qualité et la même quantité et qui sont en concurrence sur le même marché est dans certains cas une infraction criminelle. L'article 61, c'est-à-dire la disposition générale en matière de maintien des prix, selon laquelle le fait de refuser d'approvisionner une personne à cause de sa politique de bas prix constitue une infraction criminelle, prévoit aussi que le fait de prendre pour cette même raison une autre mesure discriminatoire contre une personne constitue une infraction. Pour l'application de l'article 61, l'action consistant à prendre une autre mesure discriminatoire peut comprendre la discrimination par les prix.

Plusieurs dispositions traitant de la discrimination par les prix apparaissent dans la partie civile de la Loi. Le refus pur et simple de traiter avec un client, acte discriminatoire suprême, est expressément abordé dans l'article 75. Un recours n'est cependant possible que dans certains cas, notamment l'impossibilité pour le client de s'approvisionner auprès d'autres sources sur le marché. Selon l'article 76, le Tribunal de la concurrence peut ordonner à un vendeur de cesser la pratique des ventes par voie de consignation s'il estime que cette pratique a été adoptée à des fins de discrimination par les prix. Contrairement à l'alinéa 50(1)*a)*, l'article 76 s'applique aux « produits », pas seulement aux articles. Selon la Loi, les « produits » englobent les services. La discrimination sous la forme de « prix à la livraison » peut elle aussi faire l'objet d'une demande au Tribunal, en vertu de l'article 80. Le prix à la livraison est la pratique qui consiste à refuser de livrer des articles à un endroit donné aux mêmes conditions commerciales que celles appliquées par le fournisseur lorsqu'il livre les articles à d'autres clients au même endroit.

L'article 77 de la Loi parle de certaines pratiques qui peuvent entraîner une discrimination par les prix. Le Tribunal de la concurrence peut rendre une ordonnance interdisant la pratique qui consiste à accorder des concessions de prix dont l'objet est d'inciter un client à faire exclusivement le commerce d'un produit donné ou à s'abstenir de s'occuper d'un produit donné, lorsque certaines conditions sont réunies, notamment que la concurrence est ou sera vraisemblablement réduite sensiblement. Également, lorsque la discrimination pratiquée par un fournisseur dans le prix d'un produit est utilisée afin d'inciter un acheteur à acquérir un autre produit, le fournisseur se livre alors à des ventes liées, et le Tribunal peut rendre une ordonnance interdisant la discrimination lorsque le même effet sur la concurrence est constaté.

La discrimination peut aussi prendre la forme, non pas de prix différenciés, mais d'un accès différencié à des remises promotionnelles. Selon l'article 51, une telle discrimination constitue dans certains cas une infraction criminelle.

Prix d'éviction

La notion de prix d'éviction est abordée à l'alinéa 50(1)*c)*, qui interdit les « prix déraisonnablement bas » dont l'effet ou la tendance est de réduire sensiblement la concurrence ou d'éliminer un concurrent, ou qui sont destinés à avoir l'un ou l'autre effet. Lorsqu'une discrimination par les prix est exercée par un vendeur dans le cadre de ses ventes dans diverses régions du pays, avec les mêmes conséquences abusives, il y a infraction selon l'alinéa 50(1)*b)*.

Maintien des prix

Le maintien des prix est une infraction criminelle selon l'article 61. Il y a infraction, que l'activité destinée à maintenir les prix soit exercée horizontalement par un concurrent contre un autre, ou verticalement par un fournisseur contre un client. Le refus de vendre motivé par la politique de bas prix appliquée par une personne est également interdit, encore que certaines défenses puissent être invoquées. En vertu du paragraphe 61(6), toute personne qui tente de persuader un fournisseur de refuser de vendre à une autre personne, en faisant de ce refus la condition de relations commerciales avec le fournisseur, est elle aussi

coupable d'une infraction. Selon l'article 76, le Tribunal de la concurrence peut ordonner à un vendeur de cesser la pratique des ventes par voie de consignation s'il estime que cette pratique a été adoptée en vue du maintien de prix de revente.

Abus de position dominante

La discrimination par les prix, l'établissement de prix d'éviction et le maintien des prix peuvent également être considérés dans le cadre de la disposition sur l'abus de position dominante, soit l'article 79, lorsque les conditions de cette disposition sont réunies. La conduite doit constituer un abus de puissance commerciale de la part d'une entreprise dominante, et son effet ou sa tendance doit être une réduction sensible de la concurrence. L'article 78 donne une liste non limitative des agissements qui pourraient être considérés comme un abus de position dominante, agissements dont certains concernent les pratiques de fixation de prix.

Autres dispositions

Certaines autres dispositions de la Loi intéressent les pratiques anticoncurrentielles en matière de prix, encore qu'elles ne figurent pas dans les termes de référence de la présente étude. Les ententes de fixation de prix entre concurrents sont interdites par l'article 45, lorsque le résultat est une réduction indue de la concurrence. Comme on l'a dit précédemment, la fixation horizontale de prix peut aussi être considérée dans le cadre de l'article 61. On a indiqué à la partie I qu'une puissance commerciale est requise pour que la plupart des pratiques en matière de prix puissent entraîner des effets anticoncurrentiels. Les fusionnements peuvent produire les conditions structurelles requises pour qu'il y ait puissance commerciale, et ils sont régis par la *Loi sur la concurrence*. L'abus de puissance commerciale commis sous la forme de pratiques anticoncurrentielles en matière de prix par des entités qui fusionnent pourrait être pris en compte lorsque le commissaire se demandera s'il convient ou non de contester un fusionnement[77].

En vertu de l'article 36 de la Loi, toutes les infractions criminelles prévues par les articles 50, 51 et 61 peuvent faire l'objet de poursuites civiles privées de la part de quiconque a subi un préjudice par suite de l'infraction. La violation des dispositions de nature civile, soit les articles 75, 76, 77, 79 et 80, ne peut faire l'objet de procédures de la part d'un particulier[78].

Discrimination par les prix

Analyse générale

Une interdiction criminelle visant la discrimination par les prix a été introduite dans le droit canadien en 1935[79], à la suite du rapport de la Commission royale sur les écarts de prix, publié la même année[80]. Essentiellement, la Commission royale déplorait que de gros acheteurs puissent être en mesure d'utiliser leur puissance commerciale pour obtenir de leurs fournisseurs des escomptes indûment généreux. On trouvait que l'industrie de l'épicerie était particulièrement menacée par ce genre de comportement. On

soupçonnait que les fournisseurs de produits alimentaires avaient été contraints par les grandes chaînes de supermarchés d'accorder d'importants escomptes, ce qui leur donnait un avantage abusif par rapport aux magasins indépendants opérant au niveau du détail[81]. C'était aussi une époque durant laquelle les petites entreprises étaient en déclin et les grandes chaînes de détail en expansion. L'objet de la disposition était de protéger les petites entreprises[82].

La disposition concernant la discrimination par les prix est rédigée ainsi :

> 50. (1) Commet un acte criminel et encourt un emprisonnement maximal de deux ans toute personne qui, s'adonnant à une entreprise, selon le cas :
>
> *a)* est partie intéressée ou contribue, ou aide, à une vente qui est, à sa connaissance, directement ou indirectement, discriminatoire à l'endroit de concurrents d'un acheteur d'articles de cette personne en ce qu'un escompte, un rabais, une remise, une concession de prix ou un autre avantage est accordé à l'acheteur au-delà et en sus de tout escompte, rabais, remise, concession de prix ou autre avantage accessible à ces concurrents au moment où les articles sont vendus à cet acheteur, à l'égard d'une vente d'articles de qualité et de quantité similaires;
>
> (2) Le fait d'être partie intéressée, de contribuer ou d'aider à toute vente mentionnée à l'alinéa (1)*a)* ne constitue pas une infraction visée à cet alinéa, sauf si l'escompte, le rabais, la remise, la concession de prix ou autre avantage accordé dans les conditions prévues à cet alinéa l'a été dans le cadre d'une pratique discriminatoire.

La disposition vise essentiellement à interdire aux fournisseurs d'accorder à un acheteur des concessions de prix qui ne sont pas offertes à des acheteurs rivaux du même article de qualité et de quantité similaires[83]. La disposition renferme des limites importantes. Contrairement à la plupart des dispositions de la Loi, elle s'applique uniquement à la « vente » d'« articles». Les autres types d'opérations, telles les baux, ne sont pas considérés; les ventes de choses qui ne sont pas des articles, par exemple les ventes de services, ne sont pas considérées[84]. Comme on le mentionne ci-dessous, cependant, les baux et les services peuvent tous deux faire l'objet de la disposition concernant l'abus de position dominante.

Pour qu'il y ait infraction, il doit y avoir une vente faite à un acheteur à des conditions qui, au moment de la vente, ne sont pas accessibles à un deuxième acheteur éventuel en concurrence avec le premier. Si les acheteurs n'exercent pas leurs activités sur le même marché, par exemple si l'un vend à des consommateurs finals tandis que l'autre ne vend qu'à d'autres entreprises, aucune infraction n'est commise. Enfin, la concession de prix doit être accordée en marge d'une pratique de discrimination. Les escomptes destinés à des fins particulières, qui sont accordés de manière occasionnelle et sont de courte durée, par exemple les escomptes qui permettent d'entrer sur un nouveau marché ou de réagir au comportement d'un concurrent, ne seront vraisemblablement pas considérés comme une telle pratique[85]. Il doit y avoir connaissance de chaque élément de l'infraction. Le fournisseur doit savoir que la vente est discriminatoire. Dans l'affaire *Mary Maxim Knitting Wool*, la Commission sur les pratiques restrictives du commerce a

conclu que la seule négligence pouvait entraîner une condamnation [86].

La disposition a fait l'objet de très peu de poursuites pénales. Il n'y a eu que trois (3) condamnations, dont aucune antérieure à 1984[87]. Dans chaque cas, l'accusé a plaidé coupable. L'un des facteurs qui militent contre les condamnations est qu'il y a de nombreux éléments, dont chacun doit être prouvé hors de tout doute raisonnable. Malgré son apparente inefficacité[88], son application possible inquiète particulièrement les milieux d'affaires. En l'absence de décisions judiciaires offrant des indications sur la manière dont la disposition devrait être interprétée, le Bureau a reçu de nombreuses demandes d'avis consultatifs sur la question de savoir si certains types de pratiques en matière de prix étaient conformes à la Loi. Nombre de commentateurs ont affirmé qu'en raison de l'incertitude entourant l'application de la disposition, celle-ci avait un effet paralysant sur les stratégies de prix dépourvues d'effets anticoncurrentiels et entraînait des frais inutiles de conformité et de suivi[89]. En 1992, afin d'offrir de meilleures indications sur la manière dont il interprétait la disposition relative à la discrimination par les prix, le Bureau a adopté des lignes directrices *(Discrimination par les prix - Lignes directrices pour l'application de la Loi)*[90]. Comme on le verra ci-dessous, les lignes directrices n'ont réussi que partiellement à dissiper l'effet paralysant associé à la disposition, même si l'on considère en général qu'elles donnent une interprétation relativement permissive de la disposition[91].

Le Bureau de la concurrence s'est demandé, dans son document de travail de 1995 sur d'éventuelles modifications à la *Loi sur la concurrence,* si la disposition devait être abolie[92]. L'abolition a été appuyée par le Comité consultatif sur la modification de la *Loi sur la concurrence* dans son rapport de 1996[93]. Le Comité a conclu que les interdictions pénales et les sanctions sont des instruments inadéquats pour faire échec à la discrimination par les prix, et que l'abus de position dominante suffit à disposer des cas de ce genre lorsqu'ils sont préjudiciables à la concurrence. Le Comité a estimé aussi que la protection des petites entreprises offerte par la disposition était exagérée, surtout parce qu'elle permet l'attribution d'escomptes pour de grandes quantités, escomptes qui favoriseront en général les grandes entreprises.

Néanmoins, l'alinéa 50(1)*a)* a été conservé tel quel dans la plus récente série de modifications qui est entrée en vigueur en mars 1999. Selon George Addy, directeur des enquêtes et recherches, qui était responsable du dépôt des modifications, si la disposition a été conservée telle quelle, c'est parce que certains secteurs de la petite entreprise avaient la conviction qu'elle leur offrait une protection[94]. On est donc parvenu à la conclusion que la disposition ne devrait pas être abrogée jusqu'à ce qu'une étude complémentaire indique si la présumée protection existe bel et bien.

Discrimination par les prix - Lignes directrices pour l'application de la Loi

Les lignes directrices sur la discrimination par les prix publiées par le Bureau en 1992 prétendent énoncer la politique de mise en application appliquée par le Bureau, ainsi que la manière dont le Bureau interprète les dispositions relatives à la discrimination par les prix. L'objectif du directeur, lorsqu'il a établi les lignes directrices, était le suivant :

> favoriser l'observation de la Loi tout en faisant valoir, auprès des milieux d'affaires, la marge de manœuvre qu'offre la Loi pour la mise en œuvre de pratiques et de stratégies innovatrices en matière d'établissement des prix[95].

Lors de leur publication, la méthode décrite par les lignes directrices fut accueillie par nombre de représentants des milieux d'affaires comme un allégement salutaire du fardeau pratique imposé par la disposition concernant la discrimination par les prix. L'optique des lignes directrices est utile et donne à l'interprétation de la disposition l'orientation indiquée par l'analyse économique présentée à la partie I. Les lignes directrices ne sont pas exécutoires, cependant leur observation ne protège pas telle ou telle pratique commerciale d'un éventuel examen de la part du Bureau, encore que des mesures d'application à l'encontre d'une pratique conforme aux lignes directrices soient dans les faits assez improbables. Aspect sans doute plus important encore, l'interprétation donnée par le directeur ne sera pas nécessairement acceptée par un tribunal, et son utilisation dans le cas où elle s'écarte de l'énoncé même de la disposition pourrait donc être découragée par le risque d'une action privée engagée en vertu de l'article 36 de la Loi.

Avant les lignes directrices, l'opinion qui avait cours était que seuls les escomptes reliés au volume étaient à l'abri des griffes de la Loi. Les lignes directrices donnent à penser qu'il serait improbable que le Bureau prenne des mesures contre un large éventail d'autres types d'escomptes prenant la forme d'escomptes conditionnels, pour autant que les conditions d'admissibilité soient les mêmes pour tous les acheteurs concurrents. Des escomptes conditionnels sont accessibles à l'acheteur qui remplit certaines conditions, par exemple l'exécution d'un service pour le vendeur (ce que l'on appelle parfois « remise professionnelle »)[96], ou à l'acheteur qui consent à s'occuper exclusivement des produits du vendeur (ce que l'on appelle parfois « escompte d'exclusivité ») ou à l'acheteur qui a augmenté ses achats au cours d'une période antérieure (ce que l'on appelle parfois « escompte de croissance » ou « rabais de fidélité »). Les lignes directrices indiquent qu'aucun de ces escomptes conditionnels n'est susceptible de soulever de problème dans la mesure où ils sont accessibles à tous les acheteurs en concurrence les uns avec les autres. Permettre ce type d'escomptes semblerait conforme à la disposition touchant la discrimination par les prix, mais leur acceptation a constitué une entorse importante à la politique d'application qui était en vigueur avant la publication des lignes directrices. Par exemple, les escomptes de croissance avaient antérieurement fait l'objet de mesures d'exécution dans l'affaire *R.* c. *Simmons*[97]. La nouvelle démarche est fondée sur une vision plus large de la règle de l'alinéa 50(1)*a)*, selon laquelle les escomptes et autres concessions doivent être « accessibles » à tous les acheteurs concurrents.

Il ressort clairement des lignes directrices que la discrimination n'est interdite que lorsqu'elle se rapporte à un avantage pécuniaire. La fourniture d'une aide technique, de billets d'admission à des événements sportifs et autres avantages non monétaires ne sont pas pris en compte. Les lignes directrices précisent aussi les règles que doivent observer les acheteurs qui regroupent leurs achats par l'entremise d'un groupe d'achats dans le dessein d'obtenir des escomptes plus importants sur grandes quantités, et elle propose également que la question parfois difficile de savoir si des entreprises sont en concurrence soit fondée sur les règles touchant la définition du marché qui apparaissent dans les lignes directrices sur les fusionnements. Le sens d'une « pratique » de discrimination y est également précisé. Fait à noter, les réductions de prix

destinées à soutenir la concurrence ne seront pas en principe considérées comme une pratique anticoncurrentielle. D'autres aspects abordés dans les lignes directrices concernent la manière d'interpréter l'expression « qualité et quantité similaires », et le moment auquel une vente est réputée avoir eu lieu.

Certains aspects de l'interprétation donnée par les lignes directrices semblent s'écarter de la stricte formulation de l'article. Les lignes directrices paraissent interpréter la disposition concernant la discrimination par les prix tantôt plus rigoureusement, tantôt moins rigoureusement que ce qui ressort de l'article.

La règle selon laquelle les escomptes et autres concessions doivent être « accessibles » est interprétée d'une manière que certains jugent incompatible avec l'alinéa 50(1)*a)* et indûment rigoureuse[98]. Les lignes directrices s'attardent quelque peu à donner des indications sur le sens du mot « accessible ». Lorsqu'un vendeur offre de son propre gré une concession à un client, il doit faire la même offre aux clients concurrents. Si un acheteur engage des négociations et que, à la fin des négociations, une concession est consentie, le vendeur n'est pas tenu d'offrir cette concession aux acheteurs concurrents. Il ne sera tenu de l'offrir que si un autre acheteur en fait la demande directement. Les lignes directrices mentionnent expressément qu'il n'y a aucune obligation d'offrir la concession lorsqu'un acheteur concurrent ne demande au vendeur que le « meilleur prix ». Selon certains, cette interprétation ne va pas sans difficultés sur le plan pratique car il peut être difficile de faire une distinction entre des négociations entamées par l'acheteur et une offre unilatérale faite par le vendeur. Aspect plus important, on pourrait soutenir que cette manière de voir est incompatible avec la Loi dans la mesure où, selon les lignes directrices, le mot « accessible » signifie qu'une offre doit être faite. L'article 51 prévoit que les remises promotionnelles doivent être offertes aux acheteurs concurrents. On doit considérer que le législateur avait à l'esprit un degré différent et moindre d'obligation lorsqu'il a utilisé le mot « accessible » à l'alinéa 50(1)*a)*. Un tribunal n'acceptera pas nécessairement qu'on donne aux mots la même signification dans les cas où un vendeur a fait une offre unilatérale à quelqu'un d'autre, comme le donnent à entendre les lignes directrices.

Les ventes entre sociétés affiliées ne sont pas exclues du champ d'application de l'alinéa 50(1)*a)*, comme elles le sont de certaines autres dispositions de la Loi[99]. Néanmoins, les lignes directrices semblent établir une exclusion aux fins de la mise en application. Elles mentionnent que le Bureau peut considérer les opérations entre sociétés affiliées comme autre chose que des ventes et ne sont donc pas sujettes à l'interdiction de la discrimination par les prix. Cependant, la jurisprudence se rapportant à la définition d'une vente est bien établie et il semble donc improbable qu'un tribunal serait disposé à exclure du champ d'application de l'alinéa 50(1)*a)* une opération entre sociétés affiliées si les conditions formelles d'une vente, notamment le transfert de propriété, sont réunies[100].

Les lignes directrices donnent à entendre que tous les franchisés d'un système de franchise peuvent être traités comme une seule unité économique, de telle sorte que quiconque vend aux franchisés peut regrouper tous les achats des franchisés en vue de leur accorder des escomptes reliés au volume. Une telle solution a du sens sur le plan économique lorsque la vente à un système tout entier permet à un vendeur de réduire ses coûts et lorsque, comme le précisent les lignes directrices, le franchiseur oblige chaque franchisé à faire

ses achats auprès du vendeur. Néanmoins, il faut pour cela interpréter le mot « acheteur », à l'alinéa 50(1)*a)*, d'une manière qui englobe tous les franchisés. Lorsque tous les achats sont faits par le franchiseur qui ordonne la livraison aux franchisés, une telle interprétation s'accorde avec la Loi. Cependant, lorsque les franchisés font leurs achats individuellement et que chacun est tenu responsable du paiement, cette interprétation paraît douteuse[101].

Les lignes directrices renferment une autre interprétation destinée à réduire le fardeau des dispositions relatives à la discrimination par les prix. Elles donnent à entendre que des mesures d'application ne seront prises que si le fournisseur ignore délibérément les éléments de l'infraction. Comme on l'a vu précédemment, il suffira qu'une négligence soit établie.

Comparaison avec les États-Unis et l'Europe

États-Unis

La loi fédérale antitrust des États-Unis qui traite de la discrimination par les prix, bien que plus rigoureuse, est semblable à la loi en vigueur au Canada. Avec la promulgation de la *Robinson-Patman Act*[102] en 1936, les États-Unis ont adopté une interdiction pénale en des termes semblables à ceux de l'alinéa 50(1)*a)*. Également, la *Clayton Act*[103], modifié par la *Robinson-Patman Act*, interdit la discrimination par les prix lorsque la discrimination cause un préjudice à la concurrence, et il prévoit un recours civil pour les particuliers qui sont victimes d'une telle pratique. Dès que la discrimination est prouvée, un cas *prima facie* est établi. Il incombe alors à l'auteur de la discrimination de justifier son comportement. Lorsqu'un particulier obtient gain de cause, il a droit à trois fois le montant de ses dommages réels[104]. Les responsabilités publiques de mise en application sont partagées par la Division antitrust du ministère de la Justice et la Federal Trade Commission. La Division antitrust est seule responsable des poursuites pénales. La Federal Trade Commission peut enquêter sur la discrimination par les prix et autres violations des lois antitrust, et elle peut rendre des ordonnances de ne pas faire[105].

Les spécialistes ainsi que les fonctionnaires chargés d'appliquer les lois fédérales antitrust ont exprimé l'avis que, dépourvue de tout critère de l'effet de la discrimination sur la concurrence, l'interdiction pénale prévue par la *Robinson-Patman Act* est incompatible avec la compréhension économique du moment précis où la discrimination par les prix est anticoncurrentielle[106]. La Division antitrust du ministère américain de la Justice a publiquement affirmé que la disposition pénale n'est pas une priorité d'application[107]. Toutes les violations possibles de la *Robinson-Patman Act* sont renvoyées à la Federal Trade Commission, qui dira si une enquête s'impose ou non. La Federal Trade Commission prend sporadiquement des mesures contre la discrimination par les prix, mais le nombre d'enquêtes est relativement faible.

En ce qui concerne les dispositions de la *Clayton Act,* deux principales défenses sont possibles, le défi à la concurrence et la justification par les coûts[108]. Tant que les différences de prix pourront être attribuées à des différences dans les coûts d'approvisionnement de différents clients ou à une réaction aux prix d'un concurrent, l'entreprise qui exerce la discrimination échappera à toute responsabilité. Ces deux défenses

se justifient par des motifs économiques, mais se sont révélées difficiles à faire valoir en pratique. Divers commentateurs ont soutenu que la justification par les coûts est trop onéreuse et trop difficile à établir, le résultat étant que les fournisseurs américains n'exercent tout simplement aucune discrimination, ce qui conduit à un accroissement de la rigidité des prix[109]. Ainsi, on a également reproché à la défense appelée « défi à la concurrence » de conduire à une rigidité des prix. On a également déploré que cette défense encourage les entreprises à vérifier mutuellement leurs prix pour être sûres de pouvoir l'invoquer. Cette vérification des prix a été approuvée par les tribunaux américains, malgré le risque évident qu'elles finissent par faciliter les comportements collusoires[110].

La discrimination par les prix de la part d'une entreprise dominante pourrait être jugée contraire à l'interdiction de la monopolisation et de la tentative de monopolisation stipulée à l'article 2 de la *Sherman Act*[111]. Une entreprise qui exerce un pouvoir de monopole n'a pas le droit de s'adonner à des agissements anticoncurrentiels pour maintenir ou renforcer sa puissance commerciale. Également, une entreprise qui n'a aucun monopole n'a pas le droit de s'adonner à des agissements anticoncurrentiels pour obtenir un pouvoir monopolistique lorsqu'il y a de « forte probabilité de succès »[112] d'une telle stratégie. La monopolisation ne requiert pas le contrôle complet d'un marché, mais englobe obligatoirement le pouvoir de contrôler les prix et d'exclure la concurrence. Ces règles de base relatives à la discrimination par les prix sont décrites plus en détail dans les propos ci-dessous concernant l'abus de position dominante.

Europe

En vertu du *Traité de Rome*[113], le droit européen interdit lui aussi la discrimination par les prix, mais les circonstances dans lesquelles on conclura à une violation sont légèrement différentes. L'alinéa 81(1) d) (anciennement l'alinéa 85(1) d))[114] interdit les accords qui appliquent à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage concurrentiel. Cette formulation est assez large pour englober la discrimination par les prix, mais elle ne s'applique qu'aux actions « concertées » de partenaires multiples, non à une action unilatérale. En tant que tel, l'article 81 ne s'appliquerait qu'à la discrimination par les prix qui est imposée par des cartels, ou à la suite d'un accord ou de quelque autre action concertée, entre un fournisseur et une autre personne. Par ailleurs, la discrimination doit avoir comme objet ou effet « d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence »[115]. À l'heure actuelle, aucun précédent n'a été publié faisant état d'une discrimination par les prix contestée en justice dans le cadre de l'alinéa 81(1) d). Le directeur général responsable de la politique de concurrence a indiqué que la discrimination par les prix n'est pas une priorité d'exécution de la Commission à moins qu'elle ne soit le fait d'une entreprise dominante, auquel cas les exigences de la disposition européenne relatives à l'abus de position dominante, c'est-à-dire l'article 82 (anciennement l'article 86), sont appliquées[116].

Selon l'article 82, « l'application, à l'égard de partenaires commerciaux, de conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage concurrentiel » peut constituer une pratique abusive. Cette disposition a été interprétée comme une disposition n'exigeant pas un traitement identique. Elle n'est transgressée que lorsqu'il existe d'importantes différences injustifiées dans les prix

demandés aux acheteurs. Ainsi, les escomptes reliés au volume sont permis[117]. On ne sait pas cependant à partir de quand un traitement différencié sera considéré comme injustifié. Les escomptes de fidélité ont été jugés injustifiés[118]. La Commission et la Cour de justice ont jugé que les escomptes qui dépendent d'achats effectués exclusivement auprès d'un fournisseur sont abusifs parce qu'il y a traitement différent de prestations identiques. Comme aux États-Unis, les escomptes justifiés par les coûts et les escomptes destinés à soutenir la concurrence sont permis[119]. On a jugé que le fait d'offrir des prix bas spéciaux aux clients d'un concurrent afin de devenir leur fournisseur ou à la condition qu'ils s'abstiennent de faire le commerce des produits d'un concurrent constituait une pratique abusive[120].

Évaluation

Comme la discrimination par les prix est une pratique courante qui n'est pas en général anticoncurrentielle, il est essentiel que la manière de traiter la discrimination par les prix au Canada se concentre sur le moment où cette discrimination a un effet anticoncurrentiel. La disposition pénale en matière de discrimination par les prix, ainsi que son interprétation par le Bureau, telle qu'elle apparaît dans les lignes directrices, présentent plusieurs lacunes sur ce point.

Dispositions de la Loi : Les opérations qui ne sont pas des ventes d'articles sont exclues du champ d'application de la disposition relative à la discrimination par les prix. Cette exclusion est un anachronisme évident qui ignore l'éventail beaucoup plus large des opérations qui caractérisent le marché d'aujourd'hui de même que l'importance énorme et croissante des opérations portant sur les services et les droits de propriété intellectuelle. Comme on l'a dit, les dispositions civiles de la Loi qui s'appliquent dans certains cas à la discrimination par les prix ne renferment pas de telles limites.

En outre, la disposition de la *Loi sur la concurrence* qui concerne la discrimination par les prix pourrait être considérée comme déphasée par rapport à la vision économique moderne de la politique de concurrence et par rapport à une bonne partie du reste de la Loi. L'alinéa 50(1)*a)* s'attache à protéger certains concurrents contre la discrimination plutôt qu'à protéger la concurrence sur le marché. Dans la plupart des cas, la discrimination par les prix n'est pas anticoncurrentielle et pourtant, contrairement à la *Clayton Act* des États-Unis, la disposition n'exige nulle part une évaluation de l'effet de la discrimination par les prix sur la concurrence[121]. L'alinéa 50(1)*a)* ne parle même pas d'un comportement véritablement discriminatoire.

Qui plus est, l'alinéa 50(1)*a)* n'englobe pas la puissance commerciale parmi les éléments nécessaires de l'infraction. Or, le fournisseur ne devrait être en état d'exercer une discrimination que s'il exerce une influence économique, puisqu'autrement la victime peut s'adresser à une autre source d'approvisionnement.

La disposition actuelle n'accorde pas une place suffisante aux prix différenciés motivés par des facteurs qui ne sont pas anticoncurrentiels. L'infraction se limite à la discrimination non justifiée par des différences de quantité ou de qualité. La disposition n'exige pas l'existence d'une relation entre une différence de prix et la différence de qualité ou de quantité. Plus exactement, il n'est prévu nulle part que la discrimination fondée

sur des différences de quantité ou de qualité doit être justifiée par l'existence de différences dans les coûts de la fourniture d'articles de quantité ou de qualité différentes. La disposition actuelle ne permet pas non plus d'autres types de discriminations justifiées par les coûts[122]. La *Clayton Act,* lui, reconnaît directement la justification par les coûts[123].

Le défi à la concurrence est une autre défense dont ne parle pas l'alinéa 50(1)*a)*, mais qui est permise par la *Clayton Act.* Les lignes directrices donnent à entendre cependant que, si un fournisseur se limite à soutenir la concurrence, en principe la condition de l'alinéa 50(1)*a)* relative à la « pratique » ne sera pas remplie[124].

L'alinéa 50(1)*a)* ne se demande pas si la discrimination est ou non le fait d'un concurrent, aspect qui, selon l'analyse économique effectuée dans la partie I, pourrait être révélateur de circonstances dans lesquelles une discrimination par les prix est anticoncurrentielle. L'analyse économique de la partie I montre que la discrimination exercée par un concurrent n'aura pas toujours un effet anticoncurrentiel, mais cela peut être un indicateur utile.

Les actuelles dispositions civiles qui concernent l'agissement discriminatoire par excellence, soit le refus de vendre, et un comportement qui est à toutes fins pratiques l'équivalent de la discrimination par les prix, tel les ventes liées, requièrent un examen des effets anticoncurrentiels. La *Loi sur la concurrence* serait plus cohérente sur le plan interne, et davantage en accord avec l'analyse économique de la partie I, si elle traitait la discrimination par les prix de la même façon[125].

Dans l'état actuel des choses, il est probable que la disposition décourage les pratiques d'établissement des prix qui ne sont pas préjudiciables à la concurrence, imposant ainsi aux entreprises des coûts inutiles de conformité et de suivi. Étant donné que la violation de la disposition sur la discrimination par les prix constitue une infraction criminelle, il se peut qu'elle décourage fortement les comportements qui frôlent la discrimination par les prix, mais qui seraient bénéfiques pour la concurrence. L'empreinte pénale que porte la disposition n'est pas nécessaire, même lorsque la discrimination par les prix est anticoncurrentielle, parce qu'une telle discrimination n'est pas intrinsèquement criminelle de la même façon que l'est une entente de fixation des prix. C'est pourquoi le Comité consultatif a conclu que la disposition devrait être abrogée et que toute discrimination par les prix qui est anticoncurrentielle pourrait être considérée dans le cadre des dispositions sur l'abus de position dominante ou dans le cadre d'autres dispositions civiles. Plusieurs autres études sont déjà arrivées à cette conclusion[126].

En ce qui concerne les cas de discrimination par les prix, la disposition concernant l'abus de position dominante offre un cadre commode en accord avec les prescriptions de la théorie économique, parce qu'elle requiert que l'auteur de la discrimination dispose d'une puissance commerciale et impose une évaluation de l'effet de la discrimination sur la concurrence. Grâce à cette disposition également, des mesures d'application pourraient être prises dans des cas où la discrimination prend une forme autre que la vente d'articles, tournant ainsi les limites anachroniques de l'alinéa 50(1)*a)*. L'article 79 permettrait l'examen de l'effet anticoncurrentiel global de la discrimination par les prix et de toute autre activité

anticoncurrentielle exercée par l'entreprise à l'origine de la discrimination. De cette façon, le traitement de la discrimination par les prix au moyen de la disposition relative à l'abus de position dominante permettra des évaluations plus exactes des circonstances dans lesquelles la discrimination par les prix est anticoncurrentielle, sous l'angle de l'efficacité économique.

En Europe, la discrimination par les prix est traitée comme un abus de position dominante. Le droit européen concernant l'abus de position dominante ne procède pas à partir d'un modèle économique fondé sur l'efficacité. Les Européens cherchent plutôt à surveiller les activités des entreprises dominantes afin de garantir l'équité sur le marché en protégeant notamment les marchands des atteintes que les entreprises dominantes pourraient porter à leur liberté, entre autres par la discrimination[127]. La règle selon laquelle la discrimination par les prix doit selon l'article 82 être le fait d'une entreprise dominante pour que la discrimination puisse faire l'objet de mesures d'application est en accord avec la théorie économique, comme l'est la reconnaissance européenne de la justification par les coûts et du défi à la concurrence en tant que moyens de défense. Néanmoins, le nombre de cas où la discrimination serait interdite en Europe est sans doute beaucoup plus élevé que ne le préconiserait la théorie économique. En pratique, l'effet de la solution européenne est peut-être semblable à celui de la solution strictement pénale des États-Unis, énoncée dans les dispositions pénales de la *Robinson-Patman Act,* lesquelles n'exigent aucun examen de l'effet sur la concurrence[128].

La norme des effets sur la concurrence qui est énoncée dans la disposition sur l'abus de position dominante est assez souple pour permettre au Tribunal de la concurrence de tenir compte des types de facteurs qui sont retenus en Europe. Lorsqu'il se demande s'il y a eu réduction sensible de la concurrence, le Tribunal pourrait, à la lumière des circonstances de chaque cas, chercher à équilibrer les considérations d'efficacité globale et l'intérêt des concurrents à ne pas faire l'objet de discrimination.

Le Tribunal a aussi, dans la disposition sur l'abus de position dominante, toute latitude de s'assurer que ses décisions sont sensibles aux impératifs de la nouvelle économie. Dans un monde caractérisé par l'innovation, pour traiter adéquatement la discrimination par les prix, il y a lieu de prendre en compte les effets dynamiques à long terme sur le marché. La discrimination par les prix exercée en faveur de partenaires d'alliances stratégiques, par exemple, peut être justifiée par l'innovation que l'alliance est susceptible de produire. De telles considérations sont nécessaires si l'on veut que la politique de la concurrence soit adaptée à l'économie de l'information[129].

L'application possible de la disposition sur l'abus de position dominante à la discrimination par les prix est étudiée dans la dernière section de cette partie.

Lignes directrices sur la discrimination par les prix : Les lignes directrices préconisent une politique d'exécution plus conforme aux considérations économiques, mais elles n'ont pas pour effet de faire de l'alinéa 50(1)*a)* le genre de disposition que dicterait la théorie économique. Fait à noter, les lignes directrices n'interprètent pas l'article de manière à y englober un critère de l'effet sur la concurrence. Cette interprétation est tout à fait conforme à la disposition, qui ne renferme aucun élément l'autorisant.

Néanmoins, cela veut dire que les lignes directrices ne parviennent pas, ou guère, à faire de l'alinéa 50(1)*a)* une disposition efficace en matière de discrimination par les prix.

L'interprétation donnée par les lignes directrices est utile car elle précise plusieurs questions et va dans le sens de l'analyse économique de la partie I. Et surtout, en adoptant la position selon laquelle tout escompte, quelle que soit sa forme, est acceptable pour autant qu'il soit raisonnablement accessible à tous les acheteurs concurrents, les lignes directrices allègent considérablement l'alinéa 50(1)*a)*. Malheureusement, l'avantage est dans une certaine mesure neutralisé par les exigences qu'imposent les lignes directrices pour qu'un escompte puisse être considéré comme accessible. Ces exigences peuvent être difficiles à appliquer, et l'on pourrait dire qu'elles ne s'accordent pas avec les termes de la Loi.

L'interprétation large du mot « vente » adoptée dans les lignes directrices, dont l'objet était de réduire les obligations de conformité des entreprises, n'est pas non plus appuyée par la disposition. Il pourrait être justifiable, d'un point de vue économique, de traiter toutes les sociétés affiliées comme une seule entité économique. En effet, le prix de vente appliqué dans les opérations entre sociétés affiliées peut être modifié par des facteurs non applicables aux ventes entre parties indépendantes, par exemple la répartition du revenu entre sociétés affiliées. Néanmoins, lorsqu'il y a transfert de propriété entre sociétés affiliées, on ne saurait affirmer qu'il n'y a pas eu vente aux fins de la disposition. Il semblerait donc injustifié d'exclure d'un examen toutes les opérations entre sociétés affiliées.

Le dernier point concernant les lignes directrices est que, même si les dispositions sur l'abus de position dominante et les autres dispositions civiles de la Loi traitant de discrimination sont mentionnées, les lignes directrices offrent peu d'indications sur le point essentiel soit la question de savoir comment ces dispositions seront appliquées dans les affaires de discrimination par les prix, ou sur les critères à employer pour décider s'il convient d'utiliser une disposition plutôt qu'une autre[130]. Par exemple, n'est pas considérée la manière dont la discrimination engendrée par la puissance commerciale d'un gros client peut faire l'objet d'un examen selon la disposition relative à l'abus de position dominante[131].

Prix d'éviction

Analyse générale

Le recours aux prix d'éviction est une infraction criminelle en vertu de l'alinéa 50(1)*c)* de la *Loi sur la concurrence*. Plusieurs éléments doivent être établis avant que l'infraction ne soit prouvée. Le présumé prédateur doit exercer des activités commerciales et se livrer à une politique de vente de produits à des prix déraisonnablement bas. Comme on le verra plus en détail ci-dessous, l'exigence d'une « politique » et l'exigence de prix « déraisonnablement bas » ont toutes deux soulevé de difficiles problèmes d'interprétation. Enfin, en ce qui concerne la politique, l'une de quatre conditions distinctes doit être remplie :

1. La politique doit avoir pour effet ou tendance de sensiblement réduire la concurrence;

2. La politique doit avoir pour effet ou tendance d'éliminer un concurrent;

3. La politique doit être destinée à sensiblement réduire la concurrence; ou

4. La politique doit être destinée à éliminer un concurrent.

Il existe très peu de jurisprudence pouvant faciliter l'interprétation de ces exigences. Dans l'affaire *Hoffman-La Roche*[132], on a jugé que, avant que l'existence d'une telle politique ne soit constatée, il doit exister une décision délibérée de vendre à un prix déraisonnablement bas et il doit y avoir des ventes continues ou répétées, mais il n'est pas nécessaire qu'il existe une politique écrite. Cette solution a été appliquée récemment dans le jugement *R.* c. *Jacques Perreault*[133]. Dans l'affaire *Producers' Dairy,* on a jugé qu'un prix bas appliqué pendant une courte période, par exemple 48 heures, dans le dessein de soutenir la concurrence, ne constituait pas une politique[134].

L'expression « déraisonnablement bas » a été interprétée dans l'affaire *Consumers Glass*[135]. La cour a déclaré que l'objet de l'alinéa 50(1)*c)* était d'interdire les ventes à bas prix faites dans un dessein anticoncurrentiel. Puis elle a donné un « exemple classique d'abus », soit le fait de sacrifier délibérément les rendements actuels en abaissant le prix dans le dessein d'exclure du marché un rival, puis d'élever les prix afin de récupérer les rendements sacrifiés et de réaliser un bénéfice plus élevé. La cour n'a donné aucune précision sur la manière de déceler un tel dessein, si ce n'est pour dire qu'un dessein anticoncurrentiel ne devrait pas être inféré du seul fait qu'une entreprise fixe ses prix à un niveau donné, avec l'intention d'obtenir la clientèle d'un rival, même si le présumé prédateur savait que des prix à ce niveau rendraient la tâche difficile pour un nouvel arrivant souhaitant entrer sur le marché. Comme l'a déclaré la cour, la fixation de prix de nature à évincer des rivaux afin de minimiser les pertes d'un nouvel arrivant ou de maximiser son bénéfice est l'objet même de la concurrence. Tant qu'une entreprise prend des moyens pour maximiser son bénéfice ou minimiser ses pertes, ses prix ne devraient pas être considérés comme déraisonnablement bas[136]. Selon la cour, l'existence d'une puissance commerciale ou d'obstacles à l'entrée n'étaient pas une condition nécessaire pour conclure à l'existence d'une politique de prix d'éviction, comme le supposerait notre analyse économique de la partie I.

Dans l'affaire *Consumers Glass*, l'industrie souffrait d'une capacité excédentaire chronique, et ses prix étaient supérieurs au coût variable moyen. La cour a jugé que, dans ce cas, on ne pouvait dire qu'ils étaient déraisonnablement bas. Ils étaient fixés pour minimiser les pertes. On s'attendrait aussi à de tels bas prix lorsque la demande diminue en raison d'une dépression du marché. Dans aucun de ces cas, on ne devrait inférer une intention de fixer des prix abusivement bas.

Lorsque des réductions de prix sont défensives, c'est-à-dire en réaction à la décision d'un rival de casser ses prix, même si c'est une réaction préventive, il est improbable que les prix ainsi réduits seront jugés déraisonnablement bas à moins que la réduction ne soit disproportionnée de quelque façon par rapport au comportement du rival[137]. Ainsi, par exemple, si les réductions de prix du présumé prédateur sont considérables ou si elles sont maintenues pendant une longue période, on pourra néanmoins conclure que

les bas prix mis en place à titre défensif sont déraisonnablement bas[138]. Dans l'affaire *Hoffman-La Roche*, on a jugé qu'une réaction défensive consistant à faire cadeau de médicaments pendant six mois et à deux reprises constituait une pratique abusive.

Un autre facteur permettant de dire si des prix sont déraisonnablement bas est le coût. Dans l'affaire *947101 Ontario Limited Ltd.* c. *Barrhaven Town Centre Inc. et al,* on a confirmé que c'est seulement les coûts du présumé prédateur qui sont pertinents, non ceux de la victime[139]. Comme nous l'avons indiqué dans l'analyse économique de la partie I, si l'on ne prenait en compte que les coûts de la victime, on pourrait juger abusifs des prix fixés au-dessus des coûts du prédateur, mais inférieurs aux coûts d'un concurrent moins performant. Les tribunaux sont moins précis à propos de ce qui constitue le critère adéquat des coûts. Dans les affaires *Consumers Glass* et *Hoffman-La Roche,* on a jugé que des prix dépassant le coût moyen total ne pouvaient être abusifs, mais la proposition d'Areeda et Turner consistant à présumer abusifs des prix inférieurs au coût variable moyen n'a pas été retenue, et aucun critère n'a été imaginé non plus pour les prix de la zone grise, c'est-à-dire situés entre le coût variable moyen et le coût total moyen.

La question des ventes effectuées à un coût inférieur au coût variable moyen n'a pas été abordée dans l'affaire *Consumers Glass,* pour le motif qu'il n'existait dans cette affaire aucune preuve de telles ventes[140]. Dans l'affaire *Hoffman-La Roche*, où le présumé abus consistait à faire cadeau de médicaments, le tribunal n'a pas énoncé de règle absolue en ce qui concerne les prix inférieurs au coût variable moyen. Le tribunal a plutôt reconnu qu'il peut y avoir des cas où un prix inférieur à une certaine mesure de coût serait justifié, et la question à se poser dans chaque cas, comme on l'a indiqué ci-dessus, était de savoir s'il y avait des « avantages économiques à long terme, externes ou anticipés, que recueillerait le vendeur en réduisant ses prix en deçà du prix coûtant ». Le tribunal a indiqué que, lorsque l'entreprise tentait de défendre sa part de marché, ou de « préserver ses activités, l'approvisionnement de ses clients et le travail de ses employés durant une période économique difficile », on ne devrait pas conclure à l'existence de pratiques d'éviction[141].

Selon la Loi, dès que l'on constate l'existence d'une politique de vente à des prix déraisonnablement bas, il faut alors se demander si cette politique a « pour effet ou tendance de sensiblement réduire la concurrence ou éliminer un concurrent, ou [est] destinée à avoir un semblable effet ». La jurisprudence offre peu d'indications, mais plusieurs observations préliminaires peuvent être faites concernant l'interprétation de ces exigences. L'« effet » s'entend d'une situation qui s'est produite, tandis que la « tendance » s'entend d'une situation qui ne s'est pas encore produite, mais qui pourrait se produire. Le Bureau doit évaluer les conséquences réelles des pratiques d'éviction sur le marché pour déterminer les effets et il doit évaluer ce qui est susceptible de se produire sur le marché pour évaluer les tendances. L'évaluation de l'effet des conséquences sur la concurrence nécessitera cependant l'examen du comportement futur probable d'agents économiques actuels et éventuels. Au contraire, le mot « destinée » appelle un examen de l'intention subjective du présumé prédateur, sans qu'il soit nécessaire de savoir si en fait le comportement a produit ou tendrait à produire un effet donné.

L'expression « sensiblement réduire la concurrence » correspond à la formulation utilisée dans la disposition sur l'abus de position dominante et, au moment d'examiner l'effet ou la tendance d'une politique de prix déraisonnablement bas, il se pourrait qu'un tribunal adopte l'interprétation de cette norme telle qu'elle a été développée dans les précédents en matière d'abus de position dominante[142]. L'application de la disposition sur l'abus de position dominante et ce critère sont analysés plus en détail ci-dessous. Il est difficile d'en dire plus concernant ces divers fondements de la responsabilité, étant donné qu'il n'existe aucun précédent portant sur ces aspects de la disposition.

Dans certains cas, on sera en présence d'une preuve de l'intention de fixer des prix déraisonnablement bas. Il n'y avait aucune preuve semblable dans l'affaire *Consumers Glass*, mais le tribunal s'est exprimé sur l'impossibilité intrinsèque de s'en remettre à une telle preuve. Les mots employés pour décrire une concurrence agressive peuvent être employés négligemment, indiquant par inadvertance une intention d'éliminer un concurrent[143]. En revanche, dans l'affaire *Hoffman-La Roche*, on s'est appuyé sur la preuve de l'intention pour condamner l'accusé.

La *Loi sur la concurrence* renferme une autre disposition portant sur la pratique des prix d'éviction. Il y a discrimination géographique par les prix lorsqu'une personne vend des produits dans une région du Canada à un prix différent de ceux auxquels elle les vend ailleurs. La discrimination géographique par les prix est expressément interdite par l'alinéa 50(1)*b)* de la Loi, lorsqu'est rempli le même critère de réduction de la concurrence ou le même critère d'élimination d'un concurrent. Une seule condamnation a été prononcée dans le cadre de cet article[144].

Prix d'éviction - Lignes directrices pour l'application de la Loi

En 1992, le Bureau de la concurrence adoptait les lignes directrices sur les prix d'éviction, qui interprètent la disposition sur les prix d'éviction d'une manière essentiellement conforme au modèle économique des pratiques d'éviction décrit dans la partie I et, de façon générale, d'une manière conforme au nombre restreint de précédents, encore que, sous certains aspects, on puisse dire que les lignes directrices débordent le libellé de la disposition.

Le Bureau adopte un critère en deux étapes pour savoir si des prix sont déraisonnablement bas, en se servant de la méthode approuvée par l'OCDE[145]. D'abord, le Bureau considère l'un des principaux indices définis dans la partie I en matière de pratiques d'éviction : la puissance commerciale, c'est-à-dire la part de marché et les obstacles à l'entrée. Pour définir la part de marché, il faut d'abord définir le marché pertinent, sur le plan de la géographie et du produit. Les lignes directrices sur les prix d'éviction expliquent que cela sera fait de la manière indiquée dans les lignes directrices sur les fusionnements[146]. Une fois que le marché est défini, il faut ensuite considérer la part de marché. Selon les lignes directrices sur les prix d'éviction, lorsque le présumé prédateur a moins de 35 pour cent du marché, il ne sera sans doute pas en mesure de modifier unilatéralement le prix[147]. Les lignes directrices font état d'autres considérations touchant la structure du marché. Par exemple, la taille relative du présumé prédateur par rapport à celle de ses rivaux sur le marché peut avoir de l'importance. Si le présumé prédateur est beaucoup plus gros que

ses rivaux et la périphérie concurrentielle d'entreprises plus petites, la probabilité de puissance commerciale s'accroît.

Il est moins probable que le Bureau consacre des énergies à un cas dans lequel les obstacles à l'entrée sont faibles et dans lequel l'entrée sur le marché du prédateur ou l'agrandissement des activités d'entreprises existantes serait susceptible de se produire si le prédateur tentait, par une augmentation de ses prix, de récupérer ses pertes résultant de ventes à des prix abusivement bas[148]. Les lignes directrices indiquent que, dans l'examen des obstacles à l'entrée, là encore la méthode énoncée dans les lignes directrices sur les fusionnements[149] sera suivie. Pour les lignes directrices, la période de deux ans mentionnée dans les lignes directrices sur les fusionnements est la période adéquate pour évaluer les obstacles à l'entrée : les obstacles sont-ils assez faibles pour que les augmentations de prix postérieures à la campagne de prix d'éviction invitent l'entrée dans l'industrie sur une échelle suffisante dans un délai de deux ans pour faire en sorte que les augmentations de prix ne puissent être maintenues? On a critiqué l'utilisation de cette période de deux ans en faisant valoir que la période adéquate devrait dépendre des circonstances, notamment la durée et l'intensité des pratiques d'éviction[150].

Selon les lignes directrices, les obstacles à l'entrée englobent à la fois les avantages au niveau des coûts dont jouissent les entreprises en place, tels les obstacles sous forme de formalités de licences, formalités que les entreprises en place ont déjà remplies, et le contrôle de technologies essentielles ou de sources de matières premières au moyen d'une intégration verticale. Les coûts irrécupérables qu'un nouvel arrivant ne peut récupérer en cas d'échec peuvent également décourager l'entrée ou réduire l'échelle de l'entrée. Il s'agit par exemple des coûts afférents à l'acquisition d'actifs propres au marché, lesquels n'offrent aucune utilisation ou valeur en dehors de leur application au marché concerné[151]. Des obstacles peuvent aussi résulter de la présence d'économies d'échelle ou de diversification que le nouvel arrivant devrait réaliser afin d'être concurrentiel[152].

L'analyse économique veut que l'on prenne en compte les obstacles à l'entrée, mais certains se sont demandés si la démarche adoptée dans les lignes directrices est la meilleure. Selon Hunter et Hutton, tous les coûts irrécupérables peuvent être financés dans la mesure où les marchés de capitaux sont parfaits. Hunter et Hutton ne sont pas dérangés par le fait que ce postulat est injustifié dans la pratique parce que, à leur avis, les imperfections des marchés de capitaux ne sont pas l'affaire du commissaire de la concurrence[153]. Pour ce qui est des avantages sur le plan des coûts, Hunter et Hutton soutiennent que seuls ceux qui sont externes au prédateur, par exemple un régime de licences, devraient être pris en considération. Si un tel avantage s'explique par les gains en efficience du prédateur, il ne devrait pas figurer dans l'analyse parce qu'il ne permettra pas au prédateur de réaliser de superbénéfices. Le prédateur ne pourra fixer le prix que jusqu'au niveau des coûts de son concurrent avant que l'entrée ou l'expansion ne se produise. Du point de vue de l'efficacité, les pratiques d'éviction posent moins de difficulté lorsque le prédateur est manifestement plus performant que sa victime.

Les lignes directrices reconnaissent aussi la possibilité d'obstacles stratégiques, tels les mesures prises par des entreprises pour se donner une réputation de dureté propre à décourager l'entrée. Le fait de laisser

s'accumuler des coûts irrécupérables peut être une autre forme de comportement stratégique, au même titre que les accords d'exclusivité ou de ventes liées et autres ententes avec les clients susceptibles de rendre difficile l'entrée sur le marché[154].

Aucun critère de puissance commerciale n'est expressément prévu à l'alinéa 50(1)*c)*, ni imposé par la jurisprudence, mais il faut reconnaître que, en tant que norme, l'expression « déraisonnablement bas » ne donne pas d'indication particulière sur le critère d'application. On peut dire qu'elle se prête à un nombre d'interprétations pratiquement illimité et, selon l'arrêt *Hoffman-La Roche*[155], toutes les circonstances pertinentes doivent être prises en compte. On ne saurait donc dire que l'interprétation donnée par les lignes directrices est incompatible avec la Loi, mais l'on ne peut affirmer non plus avec certitude qu'un tribunal arriverait au même résultat[156].

La deuxième étape à franchir pour savoir s'il existe une preuve du caractère déraisonnable des bas prix consiste à appliquer un critère fondé sur les coûts. En accord avec les affaires *Consumers Glass* et *Hoffman-La Roche*, des prix supérieurs au coût total moyen ne seront pas considérés comme déraisonnablement bas. Comme on l'a dit, la jurisprudence n'offre aucune indication particulière concernant les comparaisons entre prix et coûts. Néanmoins, les lignes directrices donnent de telles indications. Des prix inférieurs au coût variable moyen seront considérés comme déraisonnablement bas en l'absence d'un objectif commercial légitime, tel la nécessité de liquider des stocks périssables[157]. Selon les lignes directrices, les prix se situant dans la « zone grise » (entre le coût total moyen et le coût variable moyen) peuvent ou non être des prix d'éviction, en fonction de l'ensemble des circonstances. S'il existait une preuve directe de l'intention d'appliquer des prix d'éviction, ou si le présumé prédateur abaissait ses prix devant une demande croissante, le Bureau jugerait que les prix situés dans la zone grise sont déraisonnablement bas. En revanche, les prix de la zone grise peuvent être considérés comme raisonnables lorsque la demande est en baisse ou lorsqu'il existe une importante capacité excédentaire sur le marché, même si elle entraîne la sortie d'autres entreprises[158]. La capacité excédentaire a été l'un des facteurs retenus par la cour dans l'affaire *Consumers Glass* pour légitimer les prix de la zone grise. Comme la capacité représentait plus du double de ce qui était requis, [trad.] « la concurrence et la volonté d'imputer le montant le plus élevé possible sur les frais généraux fixes auront naturellement pour effet d'abaisser le prix du produit en deçà de son coût total de fabrication et de le rapprocher ainsi de son coût variable, sans toutefois aller en deçà. »[159].

Les lignes directrices indiquent une méthode de détermination des coûts, qu'ils soient variables ou fixes[160]. Elles ne proposent pas de tranche de temps. Comme on l'a vu précédemment, du point de vue de la théorie économique, seuls sont pertinents les coûts à long terme raisonnablement anticipés[161]. Les lignes directrices ne donnent aucune indication sur la tranche de temps à retenir pour l'examen des coûts, encore qu'elles expriment une préférence pour les coûts prévus par opposition aux coûts historiques.

Les lignes directrices mentionnent que le présumé prédateur doit, selon l'alinéa 50(1)*c)*, appliquer une « politique » de vente à des prix déraisonnablement bas. Cette partie des lignes directrices suit étroitement l'interprétation de cette règle par la jurisprudence. Le directeur cherchera les prix qui ne sont pas « un

expédient concurrentiel de courte durée », mais qui résultent plutôt « d'un programme délibéré d'une durée suffisante ». Le caractère suffisant de la durée sera déterminé en fonction des caractéristiques du marché. Ainsi, lorsque le marché est saisonnier, on pourra considérer que des prix appliqués sur une période relativement brève constituent une politique.

Comme on l'a vu jusqu'à maintenant, en offrant un cadre permettant de déterminer si des prix sont déraisonnablement bas, les lignes directrices requièrent qu'on examine l'effet, et l'effet futur probable, sur la concurrence. L'alinéa 50(1)*c)* impose un tel examen lorsqu'on se demande si le présumé comportement prédateur a pour effet ou tendance de sensiblement réduire la concurrence. Mais l'effet sur la concurrence n'est pas le seul fondement de la responsabilité selon l'alinéa 50(1)*c)* La disposition parle aussi de l'effet d'élimination d'un concurrent, ou de la tendance à l'élimination d'un concurrent, ainsi que des politiques de prix déraisonnablement bas *destinées* à réduire sensiblement la concurrence ou à éliminer un concurrent. Comme on l'a vu précédemment, une politique peut être considérée comme destinée à avoir ces effets, même si en fait elle ne les a pas ou ne les aura sans doute pas. Le critère en deux étapes décrit ci-dessus s'intéresse à l'effet probable sur le marché et à la question de savoir si le présumé prédateur sera en mesure de récupérer ses pertes. Le critère lui-même ne sera peut-être pas rempli si l'effet unique est l'élimination d'un concurrent. Et surtout, le critère ne tient pas compte de l'intention subjective comme fondement autonome de la responsabilité.

Plusieurs énoncés des lignes directrices donnent à entendre qu'il n'est pas absolument nécessaire de remplir le double critère des prix déraisonnablement bas pour aller de l'avant dans une plainte portant sur des prix d'éviction. Les lignes directrices indiquent que des prix déraisonnablement bas peuvent être inférés de l'ensemble des circonstances, notamment la preuve d'une intention prédatrice et l'exclusion ou l'élimination de concurrents[162]. Certains ont fait valoir que, si l'on considère l'intention prédatrice et les effets sur les concurrents, on ne fait que compliquer indûment l'analyse[163]. De nombreux problèmes se posent[164] lorsqu'on s'en remet à la preuve de l'intention dans de telles circonstances, et l'attitude des tribunaux est difficile à prédire étant donné les solutions diverses adoptées dans l'affaire *Hoffman-La Roche* et l'affaire *Consumers Glass*. Néanmoins, le texte même de l'article exige qu'il en soit tenu compte[165]. Dans leur esprit cependant, les lignes directrices insistent moins sur ces fondements de responsabilité[166].

Comparaison avec les États-Unis et l'Europe

États-Unis

Les prix d'éviction sont abordés aux États-Unis comme une violation possible de l'article 2 de la *Sherman Act* ou de l'article 3 de la *Robinson-Patman Act*. Dans la *Sherman Act*, les pratiques d'éviction sont considérées comme une sorte de monopolisation ou de tentative de monopolisation. La *Robinson-Patman Act* interdit la discrimination par les prix et s'intéresse donc aux prix d'éviction lorsque de tels prix ne sont pas demandés à tous les clients sur tous les marchés, mais, comme on l'a dit pour la discrimination des prix, cette disposition pénale est rarement appliquée. Malgré certaines différences, les grandes lignes des lois fédérales américaines en matière de prix d'éviction fonctionnent d'une manière très semblable à la démarche

adoptée par le Bureau telle qu'elle apparaît dans les lignes directrices[167].

Pour ce qui est des mesures d'application, des procédures civiles privées visant à obtenir réparation à la suite de prix d'éviction peuvent être engagées en vertu de la *Clayton Act* lorsqu'il y a eu violation de la *Sherman Act* et, comme pour la discrimination par les prix, la Federal Trade Commission peut, en présence de prix d'éviction, enquêter et rendre des ordonnances de ne pas faire. La Division antitrust du ministère de la Justice peut poursuivre au pénal les auteurs d'infractions à la *Sherman Act* ou engager une action civile.

Depuis la décision de la Cour d'appel du 7e Circuit dans l'affaire *A.A. Poultry Farms, Inc.* v. *Rose Acre Farms, Inc.*[168], en 1989, la première étape de l'analyse de pratiques d'éviction consiste à se demander s'il existe des chances de récupération. Si la récupération est improbable, on considère qu'il n'est pas nécessaire d'aller plus loin et de procéder à une comparaison des prix et des coûts[169]. Dans l'arrêt *A.A. Poultry Farms, Inc.* v. *Rose Acre Farms, Inc.*, on a également jugé que la preuve d'une intention subjective est essentiellement sans intérêt[170]. Cette manière de voir a été approuvée par la Cour suprême des États-Unis en 1993[171].

La Cour suprême n'a pas établi de façon définitive ce qu'est le critère pertinent du coût pour les pratiques d'éviction. La norme la plus couramment appliquée est une version modifiée du critère Areeda-Turner. Si les prix sont inférieurs au coût variable moyen, l'intention de monopoliser sera présumée, mais la présomption peut être réfutée. En revanche, si les prix sont supérieurs au coût total moyen, on présume qu'il n'existe aucune pratique d'éviction. Dans la zone grise, la probabilité de succès est calculée en fonction des caractéristiques de la structure du marché. Si les obstacles à l'entrée sont élevés et que le présumé prédateur détient une part importante de marché, on conclura alors à une forte probabilité de succès[172].

Divers États ont adopté des lois qui portent sur les pratiques d'éviction et les aspects connexes. Certaines sont des lois d'application générale alors que d'autres intéressent des secteurs particuliers. Certaines de ces lois d'État ont été interprétées d'une manière qui s'accorde avec la démarche fédérale, mais d'autres servent à protéger des catégories de concurrents, habituellement les entreprises indépendantes et non intégrées, contre leurs grands concurrents à intégration verticale[173]. L'efficacité de ces lois a été mise en doute. Nombre d'entre elles souffrent d'une application sporadique. Dans les États qui ont adopté de telles lois, plusieurs études ont montré que des prix plus élevés ont cours comparativement aux États dépourvus de telles lois. Certains ont conclu que des prix plus élevés reflètent des marges plus élevées pour les détaillants[174]. Cependant, dans son étude récente de l'industrie américaine de l'essence sur la période allant de 1987 à 1992, Johnson arrive à la conclusion que les lois sur les ventes à un prix inférieur au prix coûtant ne protègent pas les vendeurs d'essence indépendants[175]. Johnson a trouvé que l'existence de telles lois ne parvenait pas vraiment à mettre un frein à la disparition de nombreuses petites stations-service.

Europe

En Europe, on ne fait obstacle aux pratiques d'éviction que lorsqu'elles sont le fait d'une entreprise

dominante, ce qui contrevient à l'article 82 du *Traité de Rome*. Les éléments qui doivent être établis sont très semblables à ceux qu'on retrouve dans les lignes directrices, mais le nombre de précédents est relativement faible et les exigences précises ne peuvent donc être énoncées avec certitude. Les précédents européens n'ont pas produit une solide analyse économique des pratiques d'éviction.

Dans l'arrêt *AKZO Chemie BV* c. *Commission*[176], la Cour européenne de Justice a adopté la position selon laquelle les ventes à un prix inférieur au coût variable moyen devraient être considérées comme des ventes à des prix abusivement bas, suivant en cela la démarche préconisée par Areeda et Turner. Lorsque les prix se situent entre le coût variable moyen et le coût total moyen, on peut quand même conclure à l'existence d'une pratique abusive lorsqu'est établie la preuve d'un plan visant à éliminer un concurrent[177]. La perspective d'une récupération est mentionnée dans les précédents européens, mais elle ne se présente pas comme une exigence autonome permettant de conclure à l'existence d'un abus pour cause de pratiques d'éviction. La règle selon laquelle une entreprise doit être dominante est sans doute, au mieux, une faible mesure de substitution aux perspectives de récupération. À elle seule, la part de marché ne révèle rien qui se rapporte aux obstacles à l'entrée, un élément clé de toute analyse de la récupération. Pour conclure en Europe à l'existence d'une position dominante, on peut tenir compte des obstacles à l'entrée, mais on n'est pas tenu de le faire[178].

Évaluation

Dispositions de la Loi : À première vue, la disposition relative aux prix d'éviction a une portée incertaine. Comme on l'a vu précédemment, la nécessité de prix déraisonnablement bas requiert un cadre analytique si l'on veut que la disposition soit appliquée avec cohérence. La jurisprudence donne à penser qu'une évaluation du rapport prix/coût est pertinente, mais elle n'indique pas précisément quel devrait être le critère, et une analyse de la récupération n'a pas non plus été adoptée ou rejetée. Il ressort des précédents que, lorsque des bas prix trouvent leur justification dans des raisons liées à la concurrence qui s'accordent aux conditions du marché, ces bas prix ne devraient pas être considérés comme déraisonnablement bas. Néanmoins, nous ne disposons pas d'une jurisprudence suffisante pour développer un cadre analytique clair, comme aux États-Unis, et dans une moindre mesure, en Europe.

En l'absence d'un cadre analytique permettant de déterminer à quel moment des prix sont déraisonnablement bas, la disposition risque d'avoir une portée extrêmement large. Toute intention d'éliminer un concurrent, ou l'élimination effective d'un concurrent, combinée à de bas prix, pourrait suffire à engager la responsabilité. Des questions d'efficacité pourraient militer en faveur d'un régime empêchant l'adoption de prix inférieurs au prix coûtant qui ont pour effet d'éliminer un concurrent plus performant, plus vigoureux ou plus innovateur, mais la disposition actuelle protège tous les concurrents, quel que soit l'effet global sur la concurrence ou sur l'efficacité. Dans cette mesure, la disposition est en conflit avec l'analyse économique des pratiques d'éviction fondée sur l'efficacité.

La théorie économique part du principe que les gens d'affaires prennent des décisions rationnelles. La disposition actuelle en matière de prix d'éviction est fondée en partie sur l'idée que le marché ne reflète pas

toujours un comportement rationnel, en ce sens que la rationalité requiert de maximiser les bénéfices ou de minimiser les pertes[179]. Dans le monde réel, les gens d'affaires peuvent décider de fixer des prix abusivement bas lorsqu'ils n'ont aucune chance de récupération, soit parce qu'ils évaluent mal les conditions du marché, soit parce qu'ils préfèrent les pratiques d'éviction aux stratégies de maximisation du bénéfice. En ce qui concerne les sociétés publiques, les marchés de capitaux exerceront dans les deux cas une certaine discipline sur les dirigeants, mais en ce qui concerne les sociétés privées, les architectes des politiques de prix d'éviction seront sans doute les seuls à subir les conséquences de leur manque de jugement ou de leurs préférences idiosyncratiques. Néanmoins, dans certains cas, un préjudice réel peut être causé à d'autres participants sur le marché par suite d'une conduite qui vise expressément à porter atteinte à la concurrence.

On ne pourrait sans doute pas se permettre l'argument de l'efficacité pour intervenir dans un tel cas. Les pratiques d'éviction qui échouent donneront aux consommateurs l'avantage de prix temporairement bas, et le maintien de la concurrence sur le marché empêchera des prix supraconcurrentiels. Néanmoins, des mesures d'application sembleraient possibles selon l'article. En effet, dans certains cas, un tribunal pourrait considérer que l'un des objets de la Loi, « préserver la concurrence dans le but... d'assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne », ne peut être accompli qu'en condamnant quelqu'un qui est animé de l'intention clairement démontrée d'éliminer un concurrent au moyen d'une politique de bas prix. Une telle conclusion s'imposerait encore davantage si un concurrent vigoureux et innovateur était éliminé, par suite des prix d'éviction.

Il n'y a jamais eu de cas où l'on a conclu à l'existence de prix d'éviction selon la disposition sur l'abus de position dominante, mais cette disposition offre plusieurs avantages que n'a pas la disposition pénale relative aux prix d'éviction. Elle mentionne expressément la nécessité d'une puissance commerciale, comme le prévoit l'analyse économique de la partie I. Elle requiert aussi une évaluation de l'effet sur la concurrence. Le Tribunal serait en mesure de considérer non seulement s'il y a des chances de récupération au moyen de prix supraconcurrentiels, mais également les effets des pratiques d'éviction sur la dynamique de la concurrence dans le marché où elles se sont déroulées. Ces effets comprendraient l'effet de la perte de concurrents donnés et leurs chances de retour sur le marché. Il faudrait que le Tribunal précise la mesure dans laquelle il était nécessaire de tenir compte de facteurs non fondés sur l'efficacité, en disant par exemple s'il était juste ou non d'éliminer intentionnellement un concurrent au moyen de bas prix.

La disposition sur l'abus de position dominante permettrait aussi de tenir compte des conditions particulières du marché, notamment les facteurs présentés dans la partie I à propos de la nouvelle économie. Lorsqu'un marché est caractérisé par de hauts niveaux d'innovation, des coûts décroissants et des effets de réseau, des bas prix dont l'effet a été d'éliminer un concurrent pourraient néanmoins être jugés bénéfiques pour la concurrence lorsque ces prix font partie d'une stratégie consistant à adopter une technologie nouvelle et meilleure et que toute domination qui en résultera est vouée à disparaître devant l'innovation future. Dans un tel marché, la perspective de prix supraconcurrentiels serait probablement éloignée.

L'application de la disposition sur l'abus de position dominante est étudiée à la fin de la partie II.

Lignes directrices sur les prix d'éviction : La démarche adoptée dans les lignes directrices s'accorde en général avec la démarche proposée par l'analyse économique décrite dans la partie I, et adoptée par l'OCDE et la Cour suprême des États-Unis. Une telle démarche n'a pas encore été pleinement adoptée en Europe, mais des décisions récentes indiquent une tendance dans cette direction. Les lignes directrices offrent un cadre analytique utile pour l'interprétation du texte vague de l'alinéa 50(1)*c)*. Néanmoins, bien que les éléments de base requis par une perspective économique soient abordés, on peut déplorer la mesure dans laquelle les lignes directrices ont dû développer au maximum le texte de la Loi pour tenir compte de ces considérations économiques[180]. On améliorerait d'ailleurs les lignes directrices elles-mêmes en tenant compte davantage des nouvelles théories de la fixation de prix abusifs mentionnées dans la partie I, et des impératifs de la nouvelle économie.

En ce qui concerne la compatibilité entre les lignes directrices et la Loi, l'aspect principal a trait à la manière dont les lignes directrices traitent l'intention d'éviction et l'élimination de concurrents. Dans l'affaire *Consumers Glass*, la cour a admis que la pratique de prix inférieurs au prix coûtant ne devrait pas être interdite lorsqu'elle favorise la concurrence et qu'aucune preuve directe n'est apportée de l'intention d'éliminer un concurrent, mais elle ne parle pas du cas où une telle intention est présente. On ne sait pas si, lorsqu'une preuve de l'intention existe, il serait nécessaire de prouver qu'une stratégie d'éviction aurait donné des résultats, en ce sens que le prédateur aurait été en mesure d'effacer les pertes essuyées par lui durant sa campagne de prix d'éviction. Comme on l'a vu précédemment, la mention expresse, à l'alinéa 50(1)*c)*, de l'élimination d'un concurrent ou d'une intention d'élimination semblerait confirmer qu'une perspective raisonnable de récupération satisfaisante n'est pas en fait une nécessité. La possibilité de conclure à l'existence de prix d'éviction lorsqu'il n'y a aucune perspective de récupération n'apparaît que faiblement dans les lignes directrices. Le fait que la démarche proposée dans les lignes directrices puisse différer de ce qu'exige la Loi ne signifie pas que cette démarche est erronée. Elle est plus conforme à la théorie économique que la disposition elle-même. Tout écart par rapport au texte législatif fait cependant des lignes directrices un guide moins fiable pour orienter le comportement du secteur privé.

Outre leur manière d'interpréter la Loi, plusieurs autres critiques peuvent être portées à l'encontre des lignes directrices. Comme on le verra ci-dessous, la disposition sur l'abus de position dominante constitue un fondement législatif plus solide pour le genre d'analyse proposé dans les lignes directrices. Les lignes directrices reconnaissent la possibilité d'invoquer cette disposition, mais elles offrent peu d'indications sur les critères à appliquer en pareil cas et n'énoncent aucune préférence pour le recours à cette disposition.

Du point de vue de la théorie économique, l'analyse, dans les lignes directrices, des « obstacles stratégiques à l'entrée » devrait être élargie pour aborder plus précisément les indices d'une possible pratique d'éviction qui, d'après l'analyse économique récente, devraient être applicables. Ainsi, les lignes directrices n'abordent pas la difficulté d'évaluer les effets sur la réputation dans des marchés multiples, ni les pratiques d'éviction de la bourse bien garnie.

Les impératifs de la nouvelle économie devraient aussi être pris en compte. Des indications concernant la bonne définition du marché du produit et du marché géographique, ainsi que celles concernant la puissance commerciale dans les industries caractérisées par des taux élevés d'innovation et des obstacles décroissants à l'entrée, en raison d'améliorations technologiques, rendraient par exemple les lignes directrices plus utiles pour les entreprises de ces secteurs. Il faudrait évaluer les ventes à perte à la lumière d'une analyse du fonctionnement dynamique du marché dans lequel a lieu la présumée pratique d'éviction. Il est probable qu'une concurrence légitime propice à l'efficacité par le biais de politiques de bas prix deviendra plus répandue, dans les industries caractérisées par des taux élevés d'innovation et des rendements croissants, et lorsque la perspective d'établir la norme industrielle peut présenter des avantages appréciables. Dans le cas où la part de marché dominante durant la période initiale du cycle du produit se traduit souvent par d'importants avantages à long terme qui peuvent être exploités au moyen de prix plus élevés ou d'autres manières, les bas prix, voire les prix inférieurs au prix coûtant, pourraient devenir de plus en plus courants.

De même, les perspectives de récupération au moyen de stratégies hors-prix devraient être étudiées. Il se pourrait que les avantages à long terme prenant des formes autres que des prix plus élevés éliminent ou réduisent fortement la nécessité de récupérer des pertes au moyen de prix supraconcurrentiels. Dans certaines industries, il est possible de compenser les pertes subies en établissant une norme de produit ou simplement en gagnant une part de marché et en mettant cette situation à profit par des gains sur des services de mise à jour et autres services accessoires.

Il serait bon également que les lignes directrices examinent les allégations de pratiques d'éviction lorsque des entreprises vendent des produits multiples, par exemple dans l'industrie de l'épicerie. Il peut être très difficile d'analyser une pratique d'éviction lorsque les bas prix ne s'appliquent pas à tous les produits du présumé prédateur, mais seulement à certains produits stratégiquement importants. Les lignes directrices offrent peu d'indications quant à la manière d'évaluer dans ce contexte une pratique d'éviction.

En ce qui concerne le coût, les lignes directrices devraient aborder le rôle de la capacité dans la mesure du coût. Dans l'affaire *NutraSweet*, qui relevait de la disposition sur l'abus de position dominante, le Tribunal de la concurrence a noté, comme le font Areeda et Turner, que le coût variable moyen ne peut valablement remplacer le coût marginal que dans la mesure où le présumé prédateur a une capacité excédentaire. Lorsque le prédateur utilise toute sa capacité, le coût total moyen est un meilleur substitut, en raison de la nécessité d'agrandir les installations de production pour accroître la production. Cette idée n'apparaît pas dans les lignes directrices.

Maintien des prix

Analyse générale

Le maintien des prix de revente est interdit au Canada depuis 1951[179]. En 1960, on a modifié la loi pour y ajouter les interdictions actuelles visant l'infraction connexe qui consiste à refuser d'approvisionner un client en raison de sa politique de bas prix[180]. En 1976, on a de nouveau modifié la loi afin d'élargir sa

portée pour qu'elle englobe toutes les formes de maintien des prix, notamment le maintien des prix auquel se livrent des concurrents, ou la fixation horizontale des prix. Les modifications ont également fait entrer dans le champ de l'article les opérations portant sur les services et les droits de propriété intellectuelle[181].

En vertu de l'actuel article 61 de la *Loi sur la concurrence,* il est illégal pour quiconque exploite une entreprise de tenter, « par entente, menace, promesse ou quelque autre moyen semblable », de faire monter ou d'empêcher qu'on ne réduise le prix auquel une autre personne exploitant une entreprise fournit ou offre de fournir un produit au Canada[182]. Cependant, les demandes, les analyses, la persuasion et les propositions axées sur le maintien de prix sont toutes permises[183]. La violation de la disposition est une infraction criminelle[184].

En ce qui concerne le sens du mot « entente », à l'article 61, il n'est pas nécessaire qu'une entente soit imposée à la personne qui s'engage à maintenir les prix[185]. On a jugé que les programmes de soutien des prix, dans le commerce de détail de l'essence, programmes qui prenaient la forme de remises volontaires offertes aux détaillants afin de compenser l'effet des baisses de prix, constituaient une entente de maintien des prix qui indirectement dissuadait les détaillants de réduire leurs prix[186]. Une menace est toute communication anticipée d'une mesure future préjudiciable qui sera prise si une ligne de conduite n'est pas observée[187]. On a jugé que les menaces englobaient les déclarations d'un fournisseur selon lesquelles il refuserait de vendre, réduirait le crédit disponible ou limiterait les options de vente si les prix n'étaient pas maintenus[188]. Une promesse consiste à offrir des avantages à l'avenir si les prix sont maintenus. L'expression « moyen semblable » a été interprétée restrictivement de manière à n'inclure que les choses semblables ou assimilables à une entente, menace ou promesse. Ainsi par exemple, on a jugé qu'une offre non acceptée d'un avantage était un « moyen semblable »[189].

Le paragraphe 61(3) prévoit que les prix de détail proposés ou prix de revente minimale ne sont pas interdits, à condition qu'il soit bien signalé au revendeur qu'il n'a aucune obligation d'accepter la proposition et que, s'il ne l'accepte pas, il n'en souffrira en aucune façon dans ses relations commerciales avec le producteur ou fournisseur ou avec toute personne[190]. La norme est rigoureuse. Lorsqu'un prix de revente ou un prix de revente minimal est proposé, une « tentative » d'influencer le prix de la personne à qui la proposition est faite est prouvée, en l'absence d'une preuve complémentaire attestant que la condition est également remplie. De la même façon, en vertu du paragraphe 61(4), si le prix suggéré apparaît dans une publicité, il doit être exprimé de façon à préciser à quiconque prend connaissance de la publicité que le produit peut être vendu à un prix inférieur, à défaut de quoi il y aura tentative de faire monter le prix[191]. On a jugé cependant que la preuve d'une tentative aux fins de ces dispositions n'est pas la preuve de l'infraction; la Couronne doit encore démontrer une entente, menace, promesse ou quelque autre moyen semblable[192]. Selon certains commentateurs, cela enlève toute efficacité aux paragraphes 61(3) et 61(4)[193].

Le refus de fournir un produit à une personne en raison du régime de bas prix de cette personne est lui aussi interdit. Il suffit à justifier une condamnation, si le régime de bas prix est l'un des motifs du refus. Il n'est pas nécessaire que ce régime soit la seule raison. L'article englobe tant les refus de nouveaux clients que les refus de clients existants[194]. Constitue aussi une infraction le fait de « prendre quelque autre mesure

discriminatoire » à l'endroit d'une personne en raison de son régime de bas prix, par exemple en demandant des prix plus élevés à un détaillant vendant au rabais. Une personne peut être condamnée pour discrimination au sens de l'article 61, dans des cas où il n'y a pas contravention à l'interdiction expresse de discrimination apparaissant à l'alinéa 50(1)*a)* de la Loi. Le champ de la discrimination autorisée n'a pas été précisé dans la jurisprudence.

Le paragraphe 61(10) prévoit quatre (4) moyens de défense pour le refus de fournir un produit. Un fournisseur peut refuser de fournir un produit à une personne lorsque cette personne a l'habitude de s'adonner à ce qui suit :

1. sacrifier les produits à des fins de publicité (la « *défense de publicité* »);

2. vendre les produits sans profit afin d'attirer les clients dans l'espoir de leur vendre d'autres produits;

3. faire de la publicité trompeuse relativement aux produits fournis; et

4. ne pas assurer la qualité de service à laquelle leurs acheteurs pouvaient raisonnablement s'attendre (la « *défense relative au niveau de service* »)[195].

Pour échapper à la responsabilité, il suffit à un fournisseur d'établir que lui-même, ou toute personne à laquelle il s'est fié, avait des motifs raisonnables de croire que son client avait agi de l'une des façons décrites[196]. Dans chaque cas, doit être démontrée une pratique du client. On a jugé que cette pratique devait être davantage qu'un acte isolé ou des actes isolés[197]. C'est la défense de publicité qui est invoquée le plus souvent et avec le plus de succès. La défense relative au niveau de service a été invoquée dans peu de cas. Dans l'affaire *R.* c. *H.D. Lee of Canada*, on a jugé que le niveau pertinent de service est celui que les clients, et non le fournisseur, peuvent espérer[198].

En vertu du paragraphe 61(6), nul ne peut, par menace, promesse ou quelque autre moyen semblable, tenter de persuader un fournisseur, en en faisant la condition de leurs relations commerciales, de refuser de fournir un produit à une personne donnée en raison du régime de bas prix de cette personne. Cette disposition peut être interprétée largement. Une plainte faite à un fournisseur à propos du régime de bas prix d'un concurrent, accompagnée d'une menace de mettre fin aux relations commerciales avec le fournisseur si celui-ci ne cesse pas d'approvisionner le concurrent, est suffisante, même si le fournisseur n'y répond pas. La défense de publicité et autres défenses ne sont pas possibles dans les procédures relevant de cette disposition.

Les dispositions relatives au maintien des prix sont surtout appliquées dans le contexte vertical, mais la possibilité de traiter la fixation concertée de prix comme une imposition horizontale de prix selon l'article 61, plutôt que comme un complot selon l'article 45, présente de l'intérêt parce qu'il n'y a aucune obligation, dans l'article 61, de prouver un effet sur la concurrence. On a conclu dans plusieurs cas à l'existence d'une

pratique de maintien horizontal des prix[199]. On ne connaît pas le champ précis de l'utilisation de l'article 61 en remplacement de l'article 45 pour les ententes sur le prix.

Comparaison avec les États-Unis et l'Union européenne

États-Unis

Dans un arrêt de 1911, *Dr. Miles Medical Co.* v. *John D. Park & Sons Co,* la Cour suprême des États-Unis a jugé que le maintien du prix de revente constituait en tant que tel une violation de l'article 1 de la *Sherman Act*[200]. Pour établir la responsabilité, il faut prouver, directement ou par déduction, une entente de maintien des prix. Les propositions non contraignantes de prix ne sont pas illégales, même si un fournisseur refuse de fournir un produit à un client qui n'y donne pas suite[201]. Si l'on peut établir que la proposition équivalait à une coercition, il y aura violation[202]. Comme pour les autres infractions aux lois américaines antitrust, les mesures d'application peuvent être prises au moyen de procédures pénales ou civiles engagées par la Division antitrust du ministère de la Justice, à la faveur d'une enquête suivie de la délivrance d'une ordonnance de ne pas faire par la Federal Trade Commission ou au moyen d'une action privée engagée en vertu de la *Clayton Act.*

Il y a deux exceptions à l'illégalité au sens non discrétionnaire. Lorsqu'un produit est vendu en consignation ou par l'intermédiaire d'un mandataire, il n'y a pas de maintien du prix de revente[203], à moins que le mandat ou la consignation n'ait été établi uniquement dans le dessein de détourner l'interdiction du maintien du prix de revente[204]. Et surtout, un vendeur est autorisé à annoncer des prix maintenus et de refuser de traiter avec des casseurs de prix[205]. Cependant, un distributeur n'est pas autorisé à s'entendre avec le fournisseur pour qu'un autre distributeur ne soit plus approvisionné. À un certain moment, une communication entre le fournisseur et un autre distributeur avant la résiliation pourrait autoriser la conclusion qu'il existe une entente en matière de prix de revente. Depuis les décisions de la Cour suprême des États-Unis dans les affaires *Spray-Rite Corp.* v. *Monsanto Co.*[206] et *Business Electronics Corp* v. *Sharp Electronics Corp.*[207], cette exception est interprétée plus largement. Il doit exister une entente expresse de fixation des prix de revente. Le maintien du prix de revente ne pourra être déduit de l'exclusion d'un distributeur à la suite des plaintes d'un autre.

La politique de mise en application de la Division antitrust du ministère de la Justice, au début des années 1980, était de ne pas appliquer la disposition interdisant le maintien du prix de revente[208]. Plus récemment, les activités d'application se sont accrues[209]. Le maintien du prix de revente peut faire l'objet d'enquêtes de la Federal Trade Commission, ainsi que d'actions civiles entre particuliers.

Europe

On a jugé que le maintien des prix par une entreprise dominante constituait une infraction à l'article 82 du *Traité de Rome*[210]. Également, les ententes visant à fixer des prix de revente, par exemple les ententes entre fournisseurs[211], ont été jugées contraires à l'article 81, mais les propositions non contraignantes de prix de revente sont autorisées[212]. On a jugé que l'amélioration du service constituait une défense valide, puisqu'elle a pour effet d'accroître la concurrence, même si ce n'est pas la concurrence au niveau des prix[213].

Évaluation

La probabilité de justifications fondées sur l'efficacité signifie que l'interdiction pure et simple au Canada de l'imposition verticale des prix de revente n'est pas compatible avec l'analyse économique énoncée dans la partie I[214]. L'actuelle défense relative au niveau de service, ainsi que les autres défenses pouvant être opposées à l'accusation de refus de fournir, s'accordent avec l'analyse de la partie I, mais il faudrait les élargir et les rendre plus flexibles si l'on veut qu'elles répondent pleinement aux justifications fondées sur l'efficacité[215]. Il faudrait également que les défenses d'efficacité soient possibles pour le maintien des prix en général, pas seulement pour le refus de fournir.

La disposition actuelle est déficiente également, en ce qu'elle n'impose pas la règle selon laquelle la personne qui se livre au maintien des prix doit exercer une puissance commerciale. En l'absence de puissance commerciale, les clients qui sont mécontents des mesures prises en vue du maintien des prix peuvent s'approvisionner ailleurs.

En ce qui concerne le paragraphe 61(6), lorsque le client d'un fournisseur oblige le fournisseur à refuser d'approvisionner un concurrent, il est possible que ce client cherche à se protéger contre la concurrence par les prix. Néanmoins, l'existence ou non d'un effet anticoncurrentiel dépendra de la puissance commerciale du fournisseur et de l'effet sur le marché en aval. Par conséquent, même ici, un traitement non discrétionnaire ne doit pas, sur le plan de la théorie économique, s'imposer dans chaque cas, et la disposition existante pourrait en tant que telle faire obstacle à un comportement efficace. Il serait plus conforme à l'analyse économique de la partie I de considérer selon la règle de la raison le maintien des prix, de la même manière que les autres ententes verticales prévues par la Loi[216].

L'analyse du maintien des prix à l'aide de la disposition concernant l'abus de position dominante donne la possibilité de considérer ces points. La puissance commerciale et l'examen des effets sur la concurrence sont des éléments nécessaires de la pratique abusive. Dans l'évaluation des effets anticoncurrentiels, il faudrait que le Tribunal élabore un moyen de déterminer la pertinence de l'intérêt des entreprises à ne pas être contraintes d'élever leurs prix. Certaines des questions associées au traitement du maintien des prix selon l'article 79 sont discutées dans la section suivante.

L'interdiction des ententes horizontales de maintien des prix selon l'article 61 est légitime. Cependant, traiter selon une règle distincte les ententes horizontales de maintien des prix semblerait nuire à l'application de

la disposition relative au complot, laquelle assujettit la fixation des prix à un critère des effets sur la concurrence. L'évaluation du pour et du contre de ces deux méthodes dépasse le champ de la présente étude.

Abus de position dominante

Analyse générale

La disposition relative à l'abus de position dominante a été introduite dans le droit canadien de la concurrence en 1986, en remplacement de la disposition pénale sur le monopole[217]. L'objet de la disposition n'est pas de régir la domination structurelle sur un marché, mais d'offrir une mesure corrective lorsque la domination a été utilisée au détriment des intérêts de consommateurs ou de producteurs[218]. L'ancienne disposition sur le monopole, ainsi que les dispositions interdisant la discrimination par les prix, les prix d'éviction et le maintien du prix de revente, établissent des infractions criminelles selon la *Loi sur la concurrence*, mais les dispositions traitant de l'abus de position dominante prévoient que le Tribunal de la concurrence peut, en appliquant la norme de preuve en matière civile, effectuer un examen de nature civile[219].

Le Tribunal de la concurrence a le pouvoir d'interdire aux entreprises dominantes de se livrer à des agissements anticoncurrentiels dans certains cas. S'il y a lieu de croire qu'une interdiction ne permettra pas de rétablir la concurrence, le Tribunal peut rendre les autres ordonnances nécessaires pour neutraliser les effets d'agissements anticoncurrentiels, par exemple obliger les entreprises à prendre des mesures particulières, notamment à se départir d'éléments d'actif ou d'actions[220].

Le paragraphe 79(1) est rédigé ainsi :

> Lorsque, à la suite d'une demande du commissaire, le Tribunal conclut à l'existence de la situation suivante :
>
> a) une ou plusieurs personnes contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions;
>
> b) cette personne ou ces personnes se livrent ou se sont livrées à une pratique d'agissements anticoncurrentiels;
>
> c) la pratique a, a eu, ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché,
>
> le Tribunal peut rendre une ordonnance interdisant à ces personnes ou à l'une ou l'autre d'entre elles de se livrer à une telle pratique.

L'exigence minimale pour l'application de l'article 79 est qu'une entreprise soit dominante. Cette exigence apparaît dans les mots suivants : « contrôlent sensiblement une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions ». Les tribunaux ont jugé que, pour appliquer ce critère plutôt vague, il est nécessaire de définir d'abord le marché du produit et le marché géographique[221]. Pour définir le marché pertinent du produit, le Tribunal tient compte de facteurs tels que la preuve directe ou indirecte de l'interchangeabilité et de la substitution fonctionnelle de produits, les points de vue de spécialistes sur ce qui constitue le même produit, et les coûts reliés à la substitution d'un produit à un autre[222]. Le Tribunal a défini le marché géographique pertinent en se référant au territoire où les concurrents doivent se trouver pour se disputer le marché et où les prix tendent à l'uniformité. Le Tribunal a reconnu que la définition du marché aura un effet significatif sur toute conclusion concernant l'effet du comportement de l'entreprise dominante sur la concurrence[223]. De façon générale, plus le marché est défini largement, moins il est probable que le comportement de l'entreprise sera considéré comme un comportement réduisant sensiblement la concurrence.

Une fois que le marché est défini, le degré de contrôle exercé par l'entreprise présumément dominante doit être évalué. L'expression « contrôle sensible » a été assimilée à la puissance commerciale, ce qui veut dire que l'entreprise présumément dominante a le pouvoir de maintenir les prix au-dessus des niveaux concurrentiels pendant une période considérable[224]. Les principaux indicateurs de la puissance commerciale sont la part de marché et les obstacles à l'entrée[225]. Une part de marché élevée suffira à établir une présomption de domination[226]. Dans l'affaire *Laidlaw*, le Tribunal a déclaré qu'il n'y aura pas présomption de domination si la part de marché est inférieure à 50 pour cent. Le Tribunal doit encore se pencher sur une allégation contestée de domination dans laquelle l'entreprise présumément dominante détient une part de marché inférieure à 85 pour cent[227]. Le seuil de 50 pour cent est plus élevé que le seuil de 35 pour cent fixé dans les lignes directrices sur les fusionnements[228] et dans les lignes directrices sur les prix d'éviction. En ce qui concerne les obstacles à l'entrée, le Tribunal tiendra compte des coûts irrécupérables et des économies d'échelle, ainsi que de la concurrence et autres obstacles. Considérés isolément, les coûts irrécupérables ou les économies d'échelle seront probablement jugés insuffisants[229]. Le Tribunal considérera aussi le nombre de concurrents, leurs parts de marché relatives et l'existence ou non d'une capacité excédentaire sur le marché[230]. Malgré les indications fournies par le Tribunal dans les affaires passées, il sera souvent difficile de prédire dans un cas donné si le Tribunal conclura à l'existence d'une domination.

Une fois que la domination est établie, le Tribunal doit se demander si l'entreprise dominante s'est livrée à une pratique d'agissements anticoncurrentiels qui a eu, qui a ou qui aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence. L'article 78 de la *Loi sur la concurrence* énumère plusieurs agissements anticoncurrentiels que le Tribunal de la concurrence pourrait juger abusifs. La liste n'est pas limitative et, dans plusieurs cas, des agissements ne figurant pas parmi ceux qui sont énumérés dans l'article 78 ont été jugés abusifs[231].

Pour l'application de l'article 79, « agissement anticoncurrentiel » s'entend notamment des agissements suivants :

a) la compression, par un fournisseur intégré verticalement, de la marge bénéficiaire accessible à un client non intégré qui est en concurrence avec ce fournisseur, dans les cas où cette compression a pour but d'empêcher l'entrée ou la participation accrue du client dans un marché ou encore de faire obstacle à cette entrée ou à cette participation accrue;

b) l'acquisition par un fournisseur d'un client qui serait par ailleurs accessible à un concurrent du fournisseur, ou l'acquisition par un client d'un fournisseur qui serait par ailleurs accessible à un concurrent du client, dans le but d'empêcher ce concurrent d'entrer dans un marché, dans le but de faire obstacle à cette entrée ou encore dans le but de l'éliminer d'un marché;

c) la péréquation du fret en utilisant comme base l'établissement d'un concurrent dans le but d'empêcher son entrée dans un marché ou d'y faire obstacle ou encore de l'éliminer d'un marché;

d) l'utilisation sélective et temporaire de marques de combat destinées à mettre au pas ou à éliminer un concurrent;

e) la préemption d'installations ou de ressources rares nécessaires à un concurrent pour l'exploitation d'une entreprise, dans le but de retenir ces installations ou ces ressources hors d'un marché;

f) l'achat de produits dans le but d'empêcher l'érosion des structures de prix existantes;

g) l'adoption, pour des produits, de normes incompatibles avec les produits fabriqués par une autre personne et destinées à empêcher l'entrée de cette dernière dans un marché ou à l'éliminer d'un marché;

h) le fait d'inciter un fournisseur à ne vendre uniquement ou principalement qu'à certains clients, ou à ne pas vendre à un concurrent ou encore le fait d'exiger l'une ou l'autre de ces attitudes de la part de ce fournisseur, afin d'empêcher l'entrée ou la participation accrue d'un concurrent dans un marché;

i) le fait de vendre des articles à un prix inférieur au coût d'acquisition de ces articles dans le but de discipliner ou d'éliminer un concurrent.

Agissements anti-concurrentiels énumérés dans l'article 78.

L'intention subjective n'est pas requise pour qu'une pratique soit anticoncurrentielle selon l'article 79[232]. Néanmoins, pour tous les agissements énumérés dans l'article 78, le Tribunal doit conclure que l'auteur des prétendus abus « avait l'intention » d'agir d'une manière anticoncurrentielle[233]. Il s'agit d'une intention d'évincer, d'exclure ou de mettre au pas un concurrent. L'intention peut être établie par preuve directe ou elle peut être déduite des circonstances[234]. Le Tribunal est même allé jusqu'à dire que les parties sont réputées avoir voulu les effets de leurs agissements si elles ne peuvent apporter la preuve du contraire[235]. Le Tribunal a aussi jugé très importante l'existence d'une explication économique ou commerciale pour dire si une pratique est anticoncurrentielle, mais l'existence d'un motif commercial légitime ne suffit pas à lui seul à justifier une pratique anticoncurrentielle[236].

Si le Tribunal juge que des agissements particuliers sont anticoncurrentiels, il doit alors se demander s'ils constituent une « pratique » d'agissements anticoncurrentiels. Le Tribunal a jugé qu'il peut exister une telle pratique dès que l'on est en présence d'un acte isolé ou de plusieurs actes isolés et que différents agissements anticoncurrentiels pourraient ensemble constituer une pratique[237].

Enfin, le Tribunal doit se demander si la pratique « a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence ». De façon générale, le Tribunal conclura à une réduction sensible de la concurrence lorsque les agissements anticoncurrentiels de l'entreprise dominante préservent ou renforcent sa puissance commerciale[238]. Plus précisément, le Tribunal se demandera si les agissements créent des obstacles à l'entrée ou accroissent de tels obstacles[239], et il évaluera l'ampleur de cet effet[240]. Dans les affaires *NutraSweet* et *Nielsen,* le Tribunal a indiqué qu'il faut également appliquer une sorte de critère de proportionnalité. Plus l'entreprise est dominante, plus faible sera la réduction requise de la concurrence pour qu'on puisse conclure à l'existence d'un abus de position dominante[241].

Le Tribunal doit aussi tenir compte de la possibilité que la pratique résulte de son « efficience concurrentielle supérieure ». Il ne doit pas sanctionner les entreprises qui ont obtenu leur succès en exerçant une concurrence loyale sur le marché[242]. Le Tribunal a noté dans l'affaire *NutraSweet* qu'aucune disposition ne l'oblige à tenir compte des gains en efficience associés au comportement abusif d'une entreprise dominante[243]. Dans les affaires *Neilsen* et *Tele-Direct*, cependant, le Tribunal a indiqué que les gains en efficience peuvent être pris en compte lorsqu'on se demande si des agissements sont anticoncurrentiels[244].

L'accès à des mesures correctives prévues par l'article 79 est limité de plusieurs façons. Le paragraphe 79(5) exclut expressément l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle. Dans le paragraphe 79(6), un délai de prescription de trois ans est imposé pour les demandes présentées au Tribunal, et le paragraphe 79(7) prévoit qu'aucune demande ne peut être présentée en application de l'article 79 si des procédures ont été engagées en vertu de la disposition sur le complot (article 45) ou en vertu de la disposition sur les fusionnements (article 92).

Application aux prix anticoncurrentiels

Les types de comportements mentionnés aux alinéas *a)*, *c)*, *d)* et *i)* de l'article 78 se rapportent tous aux prix. Plus généralement, la manipulation des prix peut être utilisée par une entreprise dominante dans une grande diversité de contextes afin de mettre au pas, de décourager ou d'éliminer des concurrents. Cependant, jusqu'à maintenant dans les cas d'abus, les questions concernant les prix ont joué un rôle relativement modeste.

L'un des agissements anticoncurrentiels allégués dans l'affaire *NutraSweet* concernait les prix d'éviction. En définitive, le Tribunal n'a pas trouvé la preuve d'une pratique d'éviction, mais il a fait plusieurs observations qui sans aucun doute vont éclaircir la manière dont les pratiques d'éviction seront considérées dans les affaires futures[245]. D'abord, le Tribunal a admis qu'une pratique d'éviction pourrait constituer une pratique anticoncurrentielle selon l'article 79, mais il a expliqué que la mention expresse, à l'alinéa 78 i),

des ventes à un prix inférieur au coût d'acquisition fait qu'il serait difficile d'accuser d'abus un fabricant. Le Tribunal a noté que seuls les coûts d'acquisition étaient pertinents, non les autres coûts tels que les frais généraux et les frais de distribution. Examinant la manière dont les allégations de pratiques d'éviction devraient être abordées selon l'article 79, le Tribunal a approuvé le critère Areeda-Turner d'après lequel des prix inférieurs au coût marginal sont réputés être des prix d'éviction. Comme on l'a vu précédemment, le Tribunal a également noté, comme Areeda et Turner, que le coût variable moyen n'est un substitut raisonnable du coût marginal que si le présumé prédateur a une capacité excédentaire. Lorsque le prédateur fonctionne à pleine capacité, le coût total moyen constitue un meilleur substitut, en raison de la nécessité d'agrandir les installations de production pour accroître la production.

Le Tribunal a indiqué que les pratiques d'éviction ne sont pas une stratégie rationnelle à moins qu'il n'existe une perspective de récupération, et il a admis qu'une entreprise peut signaler une intention de fixer des prix abusivement bas sur un marché, par ses activités d'éviction exercées sur un autre[246]. La reconnaissance de cette possibilité, mentionnée à la partie I, donne une portée plus grande aux pratiques d'éviction parce qu'elle réduit les coûts et accroît les perspectives de récupération[247].

Dans l'affaire *Tele-Direct*, le Tribunal a jugé que la discrimination par les prix exercée par l'entreprise dominante à l'encontre de clients traitant avec des consultants en services publicitaires qui étaient en concurrence avec elle constituait un indicateur de la puissance commerciale[248]. Le Tribunal a jugé que la discrimination par les prix dans ce cas n'était pas un abus de position dominante.

Comparaison avec les États-Unis et l'Union européenne

États-Unis

La disposition sur l'abus de position dominante présente quelques similitudes avec l'infraction de monopolisation prévue par l'article 2 de la *Sherman Act*. Le maintien d'un pouvoir de monopole au moyen d'agissements anticoncurrentiels et la tentative d'obtenir un pouvoir de monopole au moyen de tels agissements lorsqu'il y a une probabilité élevée de succès constituent dans les deux cas des infractions. Le pouvoir de monopole ne signifie pas mainmise sur la totalité d'un marché. Il suffit que le prétendu monopoleur ait une puissance commerciale suffisante pour lui permettre de contrôler le prix et d'exclure des concurrents. En général, cette puissance commerciale sera attestée par des parts de marché élevées, par la preuve d'obstacles à l'entrée et par certains types de comportements, tels l'influence déterminante sur les prix. Dans ce contexte, « les aptitudes supérieures, la prévoyance et le savoir-faire » ont été reconnus comme des fondements légitimes de la puissance commerciale, comme pour le paragraphe 79(4)[249].

Si l'on conclut à l'existence d'un pouvoir de monopole, il est nécessaire de prouver que le monopoleur s'est délibérément livré à des agissements anticoncurrentiels afin de conserver ce pouvoir. Ce pourrait être un autre comportement considéré dans la loi antitrust, soit par application de la règle non discrétionnaire, soit par application de la règle de la raison, et il s'agira en général des pratiques d'exclusion qui sont

notablement renforcées ou rendues possibles grâce à la possession et à l'exploitation d'un pouvoir de monopole. La qualité des pratiques en question sera évaluée selon que, considérées globalement, elles ont ou non empêché la concurrence d'une manière indûment restrictive[250].

En ce qui concerne les tentatives de monopole, l'analyse est semblable. Un tribunal doit conclure à l'existence d'une intention de monopoliser, mais l'intention est en général déduite d'agissements anticoncurrentiels utilisés pour obtenir un pouvoir de monopole. La forte probabilité de succès d'une stratégie de monopolisation est établie le plus souvent d'après la part de marché du monopoleur putatif, ainsi que d'après les obstacles à l'entrée et le niveau de concurrence sur le marché[251].

Les deux principales différences entre la disposition canadienne sur l'abus et l'article 2 de la *Sherman Act* sont les suivantes : en plus de porter sur le comportement d'une entreprise déjà dominante, la *Sherman Act* établit une infraction criminelle et parle des moyens pris par une entreprise pour devenir dominante. Par ailleurs, comme pour d'autres infractions aux lois américaines, il peut y avoir responsabilité civile selon la *Clayton Act*.

Europe

Comme on l'a vu précédemment, l'Europe applique une disposition sur l'abus de position dominante. Comme au Canada, la domination y est assimilée à la puissance commerciale, définie comme la capacité d'empêcher une concurrence réelle et de se comporter, dans une mesure appréciable, indépendamment des concurrents, des clients et des consommateurs[252]. Lorsqu'on procède à une telle évaluation, on tient compte d'un grand éventail de facteurs, ceux-là mêmes qui seraient considérés au Canada : la part de marché, les obstacles à l'entrée et la conduite de l'entreprise présumément dominante. Cependant, contrairement à la solution retenue au Canada et aux États-Unis, on n'est pas enclin en Europe à employer un cadre analytique particulier. L'article 82 ne mentionne pas non plus le critère de l'effet sur la concurrence. Lorsqu'on se demande s'il y a eu abus de position dominante, on tient compte de facteurs autres que le préjudice à la concurrence, notamment l'équité et le droit des entreprises d'être à l'abri de toute mesure coercitive de la part d'une entreprise dominante.

Évaluation

L'application de la disposition sur l'abus de position dominante aux pratiques anticoncurrentielles en matière de prix présente plusieurs avantages. En accord avec l'analyse économique décrite dans la partie I, pour que des mesures d'application soient prises, l'entreprise délinquante doit avoir une puissance commerciale, et l'effet des prétendus agissements anticoncurrentiels sur la concurrence doit être évalué. Plus qu'un régime non discrétionnaire, la disposition sur l'abus de position dominante autorise une analyse cas par cas du comportement, analyse qui est sensible aux facteurs particuliers en jeu dans une industrie donnée. Contrairement aux dispositions pénales étroites, cette disposition permet au Tribunal de considérer d'une manière holistique l'ensemble des agissements anticoncurrentiels, qui peuvent englober davantage qu'une politique de prix. Cet avantage prendra une importance croissante à mesure que la structure des industries

se modifiera de diverses façons en réponse aux défis de la nouvelle économie, notamment l'accroissement de la concurrence non fondée sur les prix.

La structure de l'article 79 signifie que le Tribunal sera en mesure de déchiffrer la manière dont la concurrence est menacée et la manière dont elle peut être encouragée le plus efficacement dans des cas donnés. Le Tribunal peut faire les évaluations complexes touchant la nature et l'étendue de la puissance commerciale dans la nouvelle économie où des facteurs industriels particuliers, tels l'activité d'innovation et les effets de réseau, peuvent jouer. Ces facteurs seront utiles aussi lorsqu'on se demandera si telle ou telle pratique est anticoncurrentielle et qu'on voudra évaluer son effet sur la concurrence. Finalement, en rendant des décisions sur des allégations de pratiques abusives, le Tribunal peut faire les délicats compromis qui peuvent être nécessaires pour s'assurer qu'il est donné suite aux différentes dimensions de la clause d'objet apparaissant dans la Loi. Le Tribunal aura la tâche difficile d'évaluer l'efficacité économique et de décider dans quelle mesure des aspects autres que l'efficacité économique doivent être pris en compte dans le contexte de cas particuliers.

L'application de l'article 79 aux pratiques anticoncurrentielles en matière de prix n'est pas sans inconvénients. En raison de son critère de la puissance commerciale et des effets sur la concurrence, l'article 79 est beaucoup moins prévisible et sûr que les dispositions actuelles en matière de discrimination par les prix et de maintien des prix. Étant donné l'incertitude qui entoure actuellement la disposition sur les prix d'éviction, on aurait cependant peu à perdre si l'on appliquait l'article 79 aux pratiques d'éviction. Ce manque de prévisibilité sera compensé dans un nombre assez élevé de cas par l'application de la règle elle-même de la puissance commerciale puisque l'article 79 ne s'applique pas aux pratiques du grand nombre d'entreprises dépourvues de puissance commerciale.

Plusieurs questions se posent, par ailleurs, lorsqu'on envisage d'appliquer l'article 79 aux prix anticoncurrentiels. Certains commentateurs se sont demandé si la disposition peut être appliquée facilement à des agissements anticoncurrentiels dans le contexte de relations verticales, telles le maintien des prix et la discrimination par les prix[253]. Dans la discrimination par les prix et le maintien des prix, tout effet anticoncurrentiel se manifestera probablement sur un marché en aval du marché dans lequel évolue l'entreprise dominante. L'article 79 ne dit pas cependant que les agissements anticoncurrentiels de l'entreprise dominante doivent réduire la concurrence sur le marché même où elle est dominante[254]. Par conséquent, la réduction de la concurrence sur le marché où vend quelqu'un qui achète à l'entreprise dominante pourrait être prise en compte.

Bien que, selon la liste des agissements anticoncurrentiels apparaissant à l'article 78, les agissements anticoncurrentiels verticaux ne sont pas la préoccupation première de l'article 79.
Cet article pourrait s'appliquer à des prix anticoncurrentiels en contexte vertical, mais il faudrait pour cela régler certaines questions d'interprétation avant que l'on puisse dire avec assurance que l'article 79 serait un instrument efficace. Par exemple, quel serait le niveau nécessaire de part de marché pour qu'il y ait puissance commerciale? Serait-ce les 50 pour cent mentionnés dans des affaires antérieures d'abus de position dominante, les 35 pour cent mentionnés dans les lignes directrices sur les prix d'éviction, ou

quelque autre pourcentage? Les facteurs déterminants de la puissance commerciale sont-ils les mêmes?

Plus précisément, il faudrait que le Tribunal élabore un cadre analytique permettant de dire à quel moment la discrimination par les prix et le maintien des prix sont des agissements anticoncurrentiels. Le Tribunal serait libre de le faire sans les contraintes imposées par les dispositions pénales actuelles, mais l'analyse économique de la partie I montre que cet exercice ne va pas de soi. Si le Tribunal devait étudier la nécessité pour les marchands d'être à l'abri de toute coercition sur le marché lorsque de telles considérations s'opposent aux considérations économiques d'efficacité, sa tâche deviendrait encore plus ardue.

L'examen de l'effet sur la concurrence en présence de prix anticoncurrentiels en contexte vertical exige aussi une certaine réflexion. Dans la discrimination par les prix et le maintien des prix, il faudrait peut-être prendre en considération les facteurs qui influent sur l'existence d'autres sources d'approvisionnement. Lorsque la discrimination par les prix ou le maintien des prix de la part d'un fournisseur dominant ne concerne qu'une seule entreprise ou quelques-unes sur un grand nombre, sera-t-il possible de conclure à une réduction sensible de la concurrence? S'appuyant sur la jurisprudence du Tribunal, Musgrove a expliqué que, jusqu'à maintenant dans ses décisions, le Tribunal s'est montré disposé à sanctionner des effets d'exclusion relativement mineurs qui étaient le fait d'entreprises ayant une part de marché très élevée et s'est attaché à l'incidence des effets d'exclusion sur les participants existants du marché plutôt qu'aux obstacles à l'entrée[255]. Cette méthode sera-t-elle applicable aux pratiques verticales en matière de prix? Plus précisément, le Tribunal s'intéressera-t-il davantage à la discrimination par les prix et au maintien des prix, même si cela ne touche que quelques entreprises, lorsque le fournisseur a une part de marché très élevée?

Il faudrait également établir un cadre analytique pour traiter les affaires relatives aux pratiques d'éviction, même si jusqu'à maintenant il s'agit d'affaires qui représentent une part importante du travail du Tribunal. Les observations du Tribunal dans l'affaire *NutraSweet* pourraient constituer la base d'un tel cadre. En outre, l'article 79 renferme déjà une exigence relative à la puissance commerciale qui s'accorde avec les lignes directrices sur les prix d'éviction et avec l'analyse économique de la partie I. Néanmoins, il faudrait que le Tribunal examine la manière dont il adapterait son analyse aux affaires concernant des pratiques d'éviction. Les lignes directrices sur les prix d'éviction définissent le marché et la puissance commerciale en se référant aux critères des lignes directrices sur les fusionnements, mais le Tribunal a adopté des critères différents. Par ailleurs, la manière dont le Tribunal voit la puissance commerciale devrait tenir compte des obstacles stratégiques à l'entrée, analysés à la partie I, lesquels peuvent être associés aux pratiques d'éviction, notamment les effets relatifs aux signaux et à la réputation. Lorsqu'il se demande si les prix d'un présumé prédateur constituent une pratique anticoncurrentielle, il faudrait que le Tribunal explique plus précisément sa manière de voir les comparaisons coût-prix et qu'il examine la pertinence de l'intention de fixer des prix déraisonnablement bas.

Enfin, il n'est pas sûr que les mesures correctives qui peuvent être accordés en vertu de la disposition sur l'abus de position dominante soient adéquates dans les affaires concernant des prix anticoncurrentiels. Le Tribunal a indiqué qu'il hésite à accorder de telles mesures axées sur les pratiques en matière de prix[256].

Le Tribunal pourrait être disposé à interdire la discrimination par les prix et le maintien des prix, puisqu'une telle ordonnance n'équivaudrait pas à réglementer les prix et pourrait être facilement observée. Il est moins évident qu'il serait disposé à ordonner à une entreprise de cesser ses pratiques d'éviction, puisque cela équivaudrait à une réglementation des prix et qu'il serait presque aussi compliqué d'évaluer le niveau de conformité du prédateur qu'il l'était au départ de conclure à l'existence de pratiques d'éviction[257].

À la lumière de toutes ces questions, il faudra plusieurs décisions du Tribunal pour qu'on puisse bien comprendre la manière dont la disposition sur l'abus de position dominante s'applique aux affaires touchant les prix.

Partie III Application des dispositions de la *Loi sur la concurrence* par le Bureau

Introduction

La présente partie du rapport renferme une description de l'application, par le Bureau de la concurrence, des dispositions de la *Loi sur la concurrence* relatives aux pratiques anticoncurrentielles en matière de prix. On y donne un bref aperçu de la façon dont le Bureau traite les plaintes, puis un profil statistique de l'expérience du Bureau en matière d'application de la loi. Le profil comprend des statistiques détaillées concernant toutes les plaintes traitées par le Bureau pendant une période de cinq ans débutant le 1er avril 1994 et prenant fin le 31 mars 1999 (la « *période d'examen* »)[258] et ayant trait à la discrimination par les prix, aux prix d'éviction ou au maintien des prix. Le lecteur y trouvera également des observations découlant d'entrevues détaillées menées par les auteurs auprès du personnel du Bureau et de certains intervenants choisis. Enfin, on évalue à la lumière de ces statistiques les critères d'application de la loi adoptés par le Bureau et l'on tire certaines conclusions concernant l'efficacité des activités d'application du Bureau.

Processus de traitement des plaintes

Les plaintes que reçoit le Bureau de la concurrence lui sont transmises par le Centre des renseignements du Bureau sous diverses formes, soit par téléphone, par lettre adressée au Bureau ou par courrier électronique via le site Wb du Bureau. Lorsque le Centre des renseignements reçoit une plainte qui pourrait avoir un rapport quelconque avec la Loi, celle-ci est entrée dans le système informatique de classement du Bureau (appelé le « dépisteur ») et elle est soumise à l'une des directions du Bureau, qui la confie aux soins d'un agent de commerce. Les plaintes en matière de prix sont traitées soit par la Direction des affaires criminelles, soit par la Direction des affaires civiles.

Il est également fréquent que des députés, des ministres ou des responsables d'autres directions de l'administration publique transmettent au Bureau des plaintes qui leur ont été soumises. En vertu de la *Loi sur la concurrence*, le commissaire peut ouvrir de façon autonome une enquête lorsqu'un problème a retenu son attention. Enfin, il existe une procédure officielle prévue à l'article 9 de la Loi en vertu duquel six (6) personnes résidant au Canada peuvent déposer une plainte auprès du Bureau. En cas de recours à cette procédure, le commissaire est tenu d'ouvrir une enquête officielle.

Les agents de commerce du Bureau sont chargés d'effectuer une évaluation préliminaire de chaque plainte reçue. En général, l'agent commence par communiquer avec le plaignant, puis recueille et analyse l'information ayant trait à la plainte. Lorsque l'agent de commerce responsable détermine que le fondement de la plainte ne justifie pas de poursuites en vertu de la Loi, il peut clore l'examen. Si, au terme d'une évaluation préliminaire, il appert à l'agent et à son supérieur qu'il y a matière à un examen plus approfondi, la plainte devient un « projet » et les travaux se poursuivent. On procède notamment à l'application des critères de sélection des dossiers établis par le Bureau, à la cueillette d'information plus complète et à la

détermination et à l'évaluation de la solidité de la preuve. Dans certains cas, on peut demander l'opinion de la Direction de l'économie et des affaires internationales soit sur les preuves économiques requises, soit sur la façon d'élaborer une théorie économique du cas. On peut également demander conseil au ministère de la Justice concernant certains points de droit.

À la lumière des résultats de l'application des critères de sélection des dossiers et de cette analyse plus approfondie, on décide s'il est justifié de passer à l'étape suivante, soit l'ouverture d'une enquête par le commissaire. Le cas échéant, ce dernier peut exercer ses pouvoirs d'enquête officiels, y compris demander une ordonnance obligeant une personne à déposer sous serment[259] ou un mandat autorisant la perquisition et la saisie de documents[260]. En général, c'est à l'étape de l'enquête qu'une équipe est mise sur pied afin de donner suite à la plainte, mais il arrive souvent qu'elle soit formée plus tôt.

Comme mentionné, une enquête doit être ouverte lorsqu'une plainte est déposée par six résidents. Le commissaire peut ouvrir une enquête dans d'autres cas, lorsqu'il a des motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été ou est sur le point d'être commise ou encore qu'il existe pour le Tribunal des motifs de rendre une ordonnance en vertu de l'une des dispositions de la partie civile de la Loi[261]. Le ministre d'Industrie Canada peut également ordonner au commissaire de déterminer au moyen d'une enquête si l'un de ces faits existe[262].

À toute étape d'une enquête, le commissaire peut saisir le procureur général du Canada d'une affaire afin qu'il détermine si une infraction a été commise en vertu de la Loi[263]. Le procureur général doit alors décider d'intenter ou non des poursuites[264]. En cas de plainte en vertu des dispositions civiles, le commissaire peut demander la prise de mesures correctives au Tribunal[265].

Il se peut également qu'à n'importe quelle étape, l'enquête sur une plainte soit close ou qu'un autre instrument de règlement soit employé. L'autre instrument de règlement peut prendre plusieurs formes, depuis la simple visite d'information par le personnel du Bureau afin d'expliquer la Loi jusqu'à des engagements officiels surveillés par le Bureau et des ordonnances d'interdiction par consentement. Si une enquête a été ouverte, seul le commissaire peut y mettre fin, dans lequel cas il doit présenter au ministre d'Industrie Canada un rapport renfermant l'information obtenue et le motif justifiant l'arrêt de l'enquête et informer les plaignants des motifs de la décision de mettre fin à l'enquête[266]. Si aucune enquête n'a été ouverte, le Bureau peut décider de terminer l'examen ou d'avoir recours à un autre instrument de règlement à n'importe quelle étape.

Rapport statistique de l'expérience en matière d'application de la loi

Les tableaux qui suivent présentent un profil de la façon dont toutes les plaintes reçues et résolues pendant la période d'examen ont été traitées. Avec l'aide du personnel du Bureau, on a relevé tous les documents électroniques dans le système de dépistage du Bureau ainsi que tous les dossiers physiques ayant trait aux plaintes déposées et classées pendant la période d'examen qui ont été examinées en vertu des principales dispositions pénales ayant trait à la discrimination par les prix, aux prix d'éviction et au maintien des prix

(articles 50 et 61) et toutes les plaintes ayant trait à l'établissement des prix traitées en application de l'article 79, disposition concernant l'abus de position dominante. Le profil repose sur notre examen de l'ensemble des documents électroniques pertinents et des dossiers physiques datant de la période d'examen.

*Aperçu de l'application de la Loi pendant la période d'examen -- toutes les plaintes concernant les pratiques en matière de prix**

	Discrimination par les prix	Prix d'éviction	Maintien des prix	TOTAL
Plaintes** (y compris les projets)	88 (9 %)	382 (41 %)	461 (50 %)	931 (100 %)
Projets	13 (20 %)	27 (40 %)	26 (40 %)	66 (100 %)
Enquêtes	5 (26 %)	7 (37 %)	7 (37 %)	19 (100 %)
Procédures officielles d'application	0	0	3 (100 %)	3 (100 %)
Autres instruments de règlement	4 (4 %)	9 (10 %)	77 (86 %)	90 (100 %)

* Inclut toutes les plaintes traitées en vertu des dispositions pénales pertinentes et celles traitées en vertu de la disposition concernant l'abus de position dominante ayant trait aux prix. Les plaintes dans le dépisteur non énumérées par article n'ont pas été examinées, même si certaines avaient probablement trait aux prix. Le fait qu'aucun numéro d'article n'ait été mentionné donne toutefois à penser que les plaintes ne portaient pas sur les éléments des pratiques anticoncurrentielles en matière de prix cernées : discrimination par les prix, prix d'éviction et maintien des prix.

** Lors de la compilation de ces statistiques, nous avons essayé d'éviter le double compte des dossiers examinés par la Direction des affaires civiles et la Direction des affaires criminelles.

Même à ce niveau de regroupement, on peut formuler certaines observations concernant les activités de mise en application du Bureau pendant la période d'examen. Mentionnons avant tout que très peu de dossiers ont fait l'objet de l'examen plus approfondi caractérisant l'étape du projet. Moins d'un tiers seulement des plaintes devenues projets ont donné lieu à l'ouverture d'une enquête, et les procédures officielles d'application ont été extrêmement rares. Par contre, le recours à un autre instrument de règlement a donné satisfaction pour environ 10 pour cent des plaintes. La plupart des plaintes (88 pour cent) ont été réglées par les agents de commerce et leur supérieur. Le rôle critique joué par les agents de commerce montre combien il importe que ces derniers soient dotés d'outils appropriés pour établir une distinction entre les plaintes qui sont fondées et celles qui ne le sont pas.

La pratique anticoncurrentielle en matière de prix qui fait le plus souvent l'objet de plaintes est le maintien des prix, suivi d'assez près par le prix d'éviction. Le maintien des prix est également la pratique qui justifie probablement le plus l'exercice par le Bureau de ses pouvoirs officiels d'application de la loi, quoique le nombre d'occasions où il l'a fait était très faible, même dans les cas de maintien des prix.

En ce qui a trait au maintien des prix, le rare exercice des pouvoirs officiels de mise en application pendant la période d'examen témoigne d'un changement de taille dans la politique d'application par rapport aux années antérieures à cette période. Selon l'étude de Stanbury, le nombre de procédures officielles d'application intentées en raison du maintien des prix a atteint le chiffre record de 58 entre 1981 et 1985, passant à 38 entre 1986 et 1990 et à 10 entre 1991 et 1995. Comme nous le voyons plus en détail ci-dessous, le recours à d'autres instruments de règlement a supplanté dans une large mesure les procédures officielles d'application[267].

Contrairement au maintien des prix, le nombre de procédures officielles d'application dans les cas de discrimination par les prix et de prix d'éviction n'a jamais été important. Et le fait qu'aucune poursuite n'a été intentée pendant la période d'examen concorde avec les activités antérieures d'application de la loi[268]. De plus, contrairement aux plaintes portant sur le maintien des prix, la proportion de plaintes faisant état de discrimination par les prix et de prix d'éviction résolues au moyen d'un autre instrument de règlement des dossiers pendant la période d'examen a été très petite.

Malgré que la discrimination par les prix telle qu'elle est décrite à la partie I soit fort répandue, le nombre de plaintes relatives à cette pratique est relativement faible par rapport au total. Il existe peut-être plusieurs raisons à cela. Les lignes directrices sur la discrimination par les prix sont très précises concernant le mode d'interprétation par le Bureau de la disposition relative à la discrimination par les prix, l'alinéa 50(1)*a)* et, à la lumière de ce degré élevé de prévisibilité, les entreprises peuvent mettre en œuvre avec succès des programmes de conformité. Certaines organisations industrielles interrogées pour les besoins de la présente étude ont laissé entendre qu'elles arrivaient à faire respecter la disposition en question en informant de ses prescriptions les entreprises avec lesquelles elles font affaires. Par conséquent, il faut être prudent lorsqu'on conclut que la disposition est inefficace simplement en raison du nombre relativement peu élevé de plaintes.

Les statistiques sur la discrimination par les prix présentent une autre caractéristique intéressante : sur le petit nombre de plaintes, il semble y avoir un nombre exagérément élevé de projets et d'enquêtes. Cette anomalie apparente s'explique peut-être en partie par le fait que les cinq plaintes pour lesquelles une enquête a été ouverte ont été déposées dans le cadre de la procédure de dépôt par six personnes résidant au Canada décrite précédemment, en vertu de laquelle le commissaire est tenu d'ouvrir une enquête.

*Résolution des plaintes pour discrimination par les prix pendant la période d'examen**

Résolution des plaintes		Plaintes au civil		Plaintes au criminel		TOTAL
		Plaintes	Projets	Plaintes	Projets	
Enquêtes		-	-	1	4	5
Procédures d'application		-	-	-	-	-
Autres instruments de règlement		-	1	1	2	4
Classées (Total)		3	5	71	5	84
MOTIF	Retrait	-	1	17	2	21
	Manque d'information	1	-	4	1	6
	Pas de rapport avec la Loi	-	-	4	-	4
	Non-respect des prescriptions de la Loi	1	3	39	3	46
	Autres**	1	1	7	-	9

* de 1994-1995 à 1998-1999.

** « Autres » inclut surtout des situations où le motif relié à la fermeture du dossier n'était pas clair.

*Résolution des plaintes pour prix d'éviction pendant la période d'examen**

Résolution de la plainte		Plaintes au civil		Plaintes au criminel		TOTAL
		Plaintes	Projets	Plaintes	Projets	
Enquêtes		-	2	-	4	6
Procédures d'application		-	-	-	-	-
Autres instruments de règlement		3	1	3	2	9
Classées (Total)		23	12	324**	12	371
MOTIF	Retrait	4	5	84	4	103
	Manque d'information	2	2	48	1	52
	Aucun rapport avec la Loi	2	-	19	-	21
	Non-respect des prescriptions relatives à l'infraction	13	5	200	7	225
	Autres***	2	-	57	-	59

* de 1994-1995 à 1998-1999.

** Le nombre total de plaintes au criminel classées est inférieur au nombre total indiqué car certaines plaintes ont été abandonnées pour de multiples motifs.

*** « Autres » inclut surtout des situations où le motif relié à la fermeture du dossier n'était pas clair.

*Résolution des plaintes pour maintien des prix (y compris le refus de fournir) pendant la période d'examen**

Résolution des plaintes		Plaintes au civil		Plaintes au criminel		TOTAL
		Plaintes	Projets	Plaintes	Projets	
Enquêtes		-	-	-	7	7
Procédures d'application		-	-	-	3	3
Autres instruments de règlement		1	-	69	7	77
Classées (total)		19	-	344**	18	381
MOTIF	Retrait	3	-	90	5	98
	Manque d'information	4	-	121	2	127
	Aucun rapport avec la Loi	8	-	93	-	101
	Non-respect des prescriptions relatives à l'infraction	-	-	5	7	12
	Autres***	4		41	4	49

* de 1994-1995 à 1998-1999.

** Le nombre total de plaintes au criminel classées est inférieur au nombre total indiqué car certaines plaintes ont été abandonnées pour de multiples raisons.

***« Autres » inclut surtout des situations où le motif relié à la fermeture du dossier n'était pas clair.

On peut formuler plusieurs observations concernant cette ventilation plus détaillée des affaires ayant trait aux pratiques en matière de prix. La Direction des affaires civiles traite relativement peu de dossiers ayant trait aux pratiques en matière de prix, et cela est particulièrement vrai dans le cas du maintien des prix. Cette constatation va dans le sens des commentaires de la plupart des agents, qui ont indiqué que les dossiers relatifs aux pratiques en matière de prix étaient probablement soumis au préalable à la Direction des affaires criminelles, sauf s'il y avait des indications claires que le contrevenant occupe une position dominante et qu'il s'est livré à d'autres agissements anticoncurrentiels. Comme on l'a indiqué à la partie II, on pourrait invoquer l'article 79 pour les pratiques en matière de prix, ce qui ne fut pas souvent le cas pendant la période d'examen si l'on examine les plaintes traitées pendant cette période, peut-être en raison de

l'incertitude concernant le mode d'application exact de la disposition sur l'abus. Il se peut également tout simplement que dans la plupart des plaintes relatives aux pratiques en matière de prix, l'allégation ne mettait pas en cause une entreprise dominante.

Si l'on élimine les plaintes qui ont été retirées, qui n'avaient pas trait aux dispositions de la Loi ou pour lesquelles trop peu d'information était fournie, on peut se faire une idée du nombre de dossiers rejetés pour absence de fondement pendant la période d'examen : discrimination par les prix - 55 sur 84, prix d'éviction - 284 sur 371 et maintien des prix - 61 sur 381. Même ces chiffres sont peut-être gonflés puisqu'ils incluent tous les dossiers de la catégorie « autres ». Pour la plupart de ces dossiers, il n'a pas été possible de déterminer l'issue de la plainte à partir des documents du Bureau. Quoi qu'il en soit, nul doute que dans quelques dossiers au moins, on a conclu que le fondement de la plainte n'était pas suffisant pour qu'on y donne suite. L'une des caractéristiques frappantes de ces chiffres a trait au petit nombre de dossiers se rapportant au maintien des prix qui ont été rejetés pour absence de fondement. Cette situation s'explique peut-être en partie par le fait qu'un grand nombre de ces dossiers ont été jugés sans rapport avec les dispositions de la Loi (101 sur 381), comparativement aux cas de discrimination par les prix (4 sur 84) et aux cas de prix d'éviction (21 sur 371), où la plupart des dossiers clos l'ont été pour absence de fondement. La différence reflète peut-être les exigences très particulières inhérentes au maintien des prix par rapport aux exigences relatives aux prix d'éviction énoncées dans les lignes directrices sur les prix d'éviction. Les allégations concernant la puissance commerciale et les comparaisons entre le prix et le coût sont presque toujours contestables, tandis qu'une évaluation de l'existence éventuelle d'éléments de maintien des prix est relativement simple. On ne peut expliquer de cette façon les différences dans les statistiques concernant la discrimination par les prix et le maintien des prix car les éléments de la discrimination par les prix sont relativement particuliers également.

*Plaintes et projets par secteur pendant la période d'examen**

Secteur	Pourcentage de l'ensemble des plaintes (incluant les projets)	Pourcentage de l'ensemble des projets
Essence	16,7 %	7,5 %
Produits d'épicerie	1,5 %	9,1 %
Béton	1,1 %	3 %
Télécommunications	2,9 %	18 %
Déchets	2,5 %	9,1 %
Autres	75,3 %	53,3 %**

* de 1994-1995 à 1998-1999.

** Aucun autre secteur n'était à l'origine de plus de 2 pour cent des projets.

Comme l'illustre le tableau ci-dessus, les plaintes émanent d'un large éventail de secteurs. À l'exception notable du secteur de l'essence, aucun secteur ne semble être à lui seul à l'origine d'un nombre disproportionné de plaintes. Lorsqu'on examine la fréquence des projets par secteur, on constate toutefois que dans certains secteurs, les préoccupations sont telles qu'un grand nombre de dossiers sont devenus des projets. Regroupés, les secteurs de l'essence, des produits d'épicerie, des télécommunications et des déchets sont à l'origine de près de la moitié de l'ensemble des projets du Bureau ayant trait aux pratiques en matière de prix. Il convient également de souligner que bien que l'essence fasse l'objet d'un grand nombre de plaintes, celles-ci ne parviennent pas au stade de projet, alors que les produits d'épicerie, les télécommunications et les déchets font tous plus souvent l'objet des enquêtes les plus approfondies[269] applicables aux projets.

Autres observations concernant l'application de la loi

On peut formuler plusieurs autres observations à la lumière de l'examen des dossiers des projets et des entrevues avec le personnel du Bureau. Le Bureau n'a pas essayé de mettre sur pied une équipe spécialisée pour traiter les plaintes relatives aux pratiques en matière de prix, sauf dans le domaine du maintien des prix, où un agent de commerce s'est spécialisé et a souvent recours avec succès à d'autres instruments de règlement.

Certains agents ont acquis une vaste expérience dans des secteurs où les préoccupations concernant les problèmes de prix semblent endémiques, par exemple le secteur de l'essence, des télécommunications et des déchets. Les agents possédant un savoir-faire propre au secteur sont reconnus pour leur expérience et leur perspicacité, le Bureau a ainsi tendance à faire appel à eux lorsqu'il reçoit de nouvelles plaintes dans leurs domaines. On observe également une collaboration accrue entre les directions dans le but de mettre à profit ce savoir-faire, non seulement entre la Direction des affaires criminelles et la Direction des affaires civiles, mais également entre ces directions et la Direction des fusionnements. Cette collaboration peut prendre la forme d'une mise en commun de l'information, de consultations, voire même de détachements temporaires de personnel. Jusqu'à présent, cette mise en commun du savoir-faire n'a pas été institutionnalisée à grande échelle, même si plusieurs agents de commerce ont été chargés officiellement du traitement du volume élevé de plaintes concernant l'essence, dont la plupart ont trait aux pratiques en matière de prix.

Enfin, tous les agents de la Direction des affaires criminelles interrogés ont indiqué qu'ils appliquaient à la lettre les lignes directrices sur les prix d'éviction et les lignes directrices sur la discrimination par les prix lorsqu'ils analysaient les dossiers. L'examen des dossiers du dépisteur et des dossiers reliés à des projets a confirmé leurs dires. En fait, même dans le cas des pratiques en matière de prix traitées en vertu de l'article 79, où la plainte avait trait à la pratique d'éviction, les lignes directrices sur les prix d'éviction éclairaient souvent l'application du cadre législatif.

Critères de sélection des dossiers

Introduction

La Direction des affaires criminelles et la Direction des affaires civiles ainsi que d'autres directions du Bureau ont adopté des critères de sélection des dossiers afin d'assurer l'évaluation systématique des priorités concurrentes et l'allocation efficace des ressources au sein de chaque direction. Depuis 1996, dans le but de créer un système visant à faciliter l'évaluation de priorités concurrentes entre les directions et d'assurer l'allocation efficace de toutes les ressources du Bureau, les critères employés dans chaque direction ont un tronc commun de facteurs identiques. Sous chaque facteur principal, chaque direction a recours à d'autres facteurs en vue de tenir compte des aspects propres à ses activités. On attribue à chaque facteur une valeur numérique. Lorsqu'on applique les facteurs à un dossier particulier, on attribue une note en fonction de chaque facteur, reflétant son importance dans le cadre du dossier en question. La note totale permet d'évaluer s'il est souhaitable d'intenter des procédures officielles d'application. Le Bureau entreprend actuellement un examen afin de déterminer s'il est possible et souhaitable d'harmoniser davantage les critères de sélection des dossiers entre les directions.

Comme nous l'avons mentionné précédemment, l'application des critères, qui exige une analyse relativement complexe, s'effectue lorsque le Bureau décide de faire d'une plainte un projet et de la soumettre à un examen plus approfondi. En prenant cette décision, les résultats de l'application des critères ne font pas l'objet d'un suivi automatique. Les critères se veulent une aide à la prise de décisions de la gestion, et n'ont pas comme vocation de remplacer le pouvoir d'appréciation de la gestion.

En cette période caractérisée par une baisse continue des ressources, il importe que toute organisation du gouvernement mette en place des systèmes qui l'aideront à mobiliser ses ressources plus efficacement afin de mener à bien son mandat[270]. Dans le cas du Bureau, ses responsabilités se sont accrues en raison de la déréglementation qui a intensifié l'activité des entreprises sur le marché privé ainsi qu'en raison des modifications majeures apportées à la Loi en 1986 et 1999. Par ailleurs, la réorganisation interne, y compris la création d'une unité permanente responsable des modifications à la Loi, a réduit les ressources disponibles pour les activités de mise en application. L'accroissement de ses responsabilités n'a pas été accompagné d'une forte augmentation du budget alloué au Bureau[271]. Face à l'accroissement de ses responsabilités et à la réduction des ressources, le Bureau a établi des priorités dans ses activités d'application qui sont reflétées dans ses critères de sélection des dossiers.

Aux fins de la présente étude, la question consiste à déterminer si les critères retenus sont adaptés à l'application des dispositions de la Loi relatives aux pratiques anticoncurrentielles en matière de prix. Il s'agit d'un domaine d'étude restreint, qui ne nous permet pas de nous pencher sur l'efficacité générale des critères ni sur l'importance relative accordée aux pratiques en matière de prix par rapport à l'application d'autres dispositions de la Loi. Dans les sections qui suivent, nous décrivons en des termes généraux les critères de sélection des dossiers et leur application aux plaintes visant les pratiques anticoncurrentielles en matière de

prix, puis nous faisons part de notre évaluation.

Description des critères de sélection des dossiers

L'aperçu qui suit des critères de sélection des dossiers employés par le Bureau décrit principalement les critères utilisés par la Direction des affaires criminelles qui sont particulièrement adaptés aux cas d'établissement des prix. Cependant, les facteurs des critères de la Direction des affaires criminelles et de la Direction des affaires civiles sont en grande partie identiques, bien qu'ils soient parfois classés dans des catégories différentes et qu'on leur accorde une valeur différente. Le tronc commun des critères de sélection des dossiers compte quatre catégories de facteurs :

1. Incidence économique
2 Considérations relatives à l'application de la Loi
3. Solidité du dossier
4. Considérations relatives à la gestion

L'incidence économique de la présumée activité anticoncurrentielle est examinée en fonction de plusieurs sous-catégories, dont les suivantes : quel est le volume d'échanges commerciaux affecté, quelle est la puissance commerciale de la personne présumée responsable d'agissements anticoncurrentiels (déterminé en fonction des parts du marché et des obstacles à l'entrée); s'attend-on à ce que les prix augmentent, de combien et quand; et depuis quand durent ces agissements. En vertu des critères des Affaires civiles, on tient compte de l'effet sur tout aspect de la concurrence, et non pas simplement de l'effet sur les prix.

En ce qui concerne les considérations relatives à l'application de la Loi, là encore plusieurs sous-catégories de facteurs ont été prises en compte. La seule pratique en matière de prix abordée dans la présente étude qui se voit accorder la priorité d'application en vertu des critères des Affaires criminelles est le maintien horizontal de prix. En vertu des critères des Affaires civiles, l'abus de position dominante constitue une priorité, quoique, comme nous l'avons mentionné, les pratiques en matière de prix ne sont habituellement pas traitées en application de l'article 79. Plusieurs autres facteurs militent en faveur de procédures officielles d'application, à savoir 1) l'effet dissuasif d'une mesure d'application, 2) la valeur jurisprudentielle d'un précédent dossier, 3) le fait que le présumé contrevenant se soit déjà livré à des agissements anticoncurrentiels, 4) le fait que le comportement soit caché et 5) la portée géographique de l'infraction. Toutefois, dans une catégorie distincte, un dossier se voit également attribuer des points si l'affaire peut être résolue à l'aide d'un autre instrument de règlement. Enfin, la « sensibilité du public », c'est-à-dire la possibilité que le dossier attire suffisamment l'attention du public, donne également lieu à une note plus élevée.

La troisième catégorie de critères des Affaires criminelles, la solidité du dossier, se rapporte à des infractions particulières. Dans tous les cas, la solidité des preuves documentaires et des témoignages est évaluée. Pour les pratiques d'éviction, les seuls éléments des critères sont 1) la puissance commerciale du présumé prédateur, évaluée d'après les parts du marché, leur stabilité au fil du temps, les obstacles à

l'entrée et l'existence d'autres concurrents importants, 2) des prix inférieurs au coût variable moyen et 3) l'existence d'une politique de bas prix. Dans le cas du maintien des prix, l'analyse est bien plus simple et reflète le degré de clarté de la loi. Le seul élément, c'est la preuve qu'il y a eu tentative de maintenir les prix par « entente, menace, promesse ou autres moyens », ou refus de fournir en raison des bas prix pratiqués. On ne fait aucune allusion à la discrimination par les prix, bien que les documents du Bureau indiquent que les critères de sélection des dossiers s'appliquent aux cas de discrimination par les prix. Les critères des Affaires civiles s'intéressent uniquement aux chances de réussite d'un dossier.

Les considérations relatives à la gestion, soit la quatrième catégorie, portent sur les ressources financières et le temps consacrés par le personnel pour aboutir à l'issue recherchée. Plus le dossier risque de prendre du temps, plus il nécessitera des ressources humaines et financières et plus sa note à l'égard de ce facteur sera basse. L'urgence d'aller de l'avant avec le dossier entraîne une note plus élevée.

Application aux pratiques en matière de prix

Il ressort clairement des entrevues menées pour les besoins de l'étude que les critères de sélection des dossiers servent de guide à la prise de décisions de la gestion, mais ne la remplacent pas. Souvent, on a laissé entendre que si la plainte était jugée suffisamment fondée, on pouvait aller de l'avant, malgré la faible note obtenue. On a également laissé entendre que les critères étaient des plus importants dans la situation rare où plusieurs plaintes se présentent en même temps et que les ressources limitées ne permettent pas au Bureau de donner suite à toutes. Par conséquent, bien que, comme nous l'avons indiqué précédemment, il existe plusieurs aspects des critères de sélection des dossiers susceptibles de donner lieu à des notes peu élevées lorsqu'ils sont appliqués aux pratiques en matière de prix, il semble qu'ils n'empêcheraient pas nécessairement d'aller de l'avant si la plainte est dûment fondée.

L'aspect le plus évident des critères de sélection des dossiers qui irait à l'encontre de notes élevées dans les cas de plaintes visant les pratiques en matière de prix contrairement à d'autres sortes de dossiers est que la seule pratique de prix abordée dans la présente étude et qualifiée de prioritaire au chapitre de l'application est le maintien horizontal de prix. D'autres aspects des critères de sélection des dossiers sembleraient avoir des effets différents sur l'évolution de la plainte en fonction de la nature de l'affaire.

En ce qui concerne la puissance commerciale, il est logique que de nombreuses plaintes ayant trait à la discrimination par les prix et au maintien des prix dont le fondement repose sur les dispositions de la loi ne se voient pas attribuer une note favorable étant donné que la puissance commerciale n'est pas un élément requis pour ces infractions en vertu de la Loi. Or, selon l'analyse économique de la partie I, la puissance commerciale est une condition nécessaire pour que la plupart des pratiques de discrimination par les prix et de maintien des prix soient anticoncurrentielles. Ainsi, la puissance commerciale constitue un aspect pertinent. Néanmoins, son application crée un écart entre ce que la loi prévoit et ce que le Bureau fait, ce qui ne se produit pas lorsque la puissance commerciale est expressément identifiée comme un élément du comportement réglementé. En ce qui concerne les pratiques d'éviction, il n'existe aucun critère législatif, mais l'imposition de la puissance commerciale comme critère d'application est conforme aux lignes

directrices sur les prix d'éviction. La puissance commerciale est un élément obligatoire en vertu de la disposition sur l'abus.

La portée géographique constitue un autre facteur des critères des Affaires criminelles qu'on ne retrouvera pas souvent dans les cas de discrimination par les prix ou de maintien des prix, étant donné que, selon notre examen des documents du Bureau, bon nombre des plaintes mettaient en cause un seul fournisseur et un seul client. Selon notre examen, ce facteur n'intervient guère dans les cas de prix d'éviction, dont la plupart concernent des marchés locaux. La portée géographique n'occupe donc pas une place à part dans les critères des Affaires civiles.

D'après le profil statistique ci-dessus, les chances de réussite lors du recours à un autre instrument de règlement sont élevées dans les cas de maintien des prix, mais relativement faibles dans les cas de discrimination par les prix et de prix d'éviction. Cette solution semble avoir un effet ambigu selon les critères de sélection des dossiers. Les dossiers obtiennent une note plus élevée si une poursuite ou une demande auprès du Tribunal est jugée nécessaire d'après les antécédents du contrevenant et la nécessité d'une dissuasion, en d'autres termes lorsqu'un autre instrument de règlement n'est pas possible. Par ailleurs, si un autre instrument de règlement s'avère une stratégie raisonnable, des points sont également accordés. Les chances qu'un autre instrument de règlement porte fruit donneraient également lieu à une note plus positive selon le critère « considérations relatives à la gestion », tandis que les affaires contestées portées devant la justice ou entraînant une demande au Tribunal obtiendraient de très mauvaises notes. En somme, compte tenu de l'importance accordée aux considérations de la gestion, il semble que les cas qui peuvent être résolus par un autre instrument de règlement obtiendront probablement une note plus élevée que les dossiers qui ne le sont pas, ce qui semblerait favoriser systématiquement les plaintes relatives au maintien des prix et défavoriser celles qui concernent des pratiques d'éviction, où les seules possibilités d'application sont un procès qui traînera en longueur ou une requête auprès du Tribunal, solutions qui risquent de drainer fortement les ressources financières et humaines du Bureau et nécessiteront l'embauche d'experts de l'extérieur. L'effet sur la discrimination par les prix est moins clair. On s'attendrait à ce que des poursuites ou une demande auprès du Tribunal relativement à une allégation de discrimination par les prix soient plus simples et donc plus rapides et moins onéreuses. Par ailleurs, les statistiques sur la résolution des plaintes relatives à la discrimination par les prix au moyen d'un autre instrument de règlement indiquent que les chances de régler ces dossiers de cette façon sont faibles.

Il semble très difficile d'observer des changements de prix dans les cas de discrimination par les prix et de maintien des prix puisque ces pratiques ne peuvent nuire qu'à une seule personne sur le marché. Par contre, en cas de pratiques d'éviction, selon l'interprétation du Bureau, l'effet sur les prix est au cœur de l'analyse. Si l'on étudie d'autres effets anticoncurrentiels, les critères des Affaires civiles sont plus permissifs à cet égard.

En ce qui concerne la catégorie solidité du dossier, les plaintes relatives au maintien des prix font l'objet d'une évaluation très favorable ou très peu favorable, selon que les preuves concernant des éléments très précis seront présentes ou non. En revanche, la solidité des preuves dans un cas de prix d'éviction donne

rarement lieu à une évaluation très favorable. Les éléments sont toujours difficiles à évaluer et bien moins difficiles à prouver. Par ailleurs, il n'est pas possible d'étayer l'évaluation d'une plainte faisant état de prix d'éviction à l'aide d'une preuve d'intention d'éliminer un concurrent ou de réduire sensiblement la concurrence. Seules comptent la preuve concernant les deux aspects du critère en deux étapes et l'existence d'une politique. En fait, les critères de sélection des dossiers sont plus rigoureux que les lignes directrices sur les prix d'éviction à cet égard car ils permettent uniquement la prise en compte de l'établissement de prix inférieurs au coût variable moyen. On ne peut formuler de commentaire sur l'application de ce facteur à la discrimination par les prix car celle-ci n'est pas mentionnée.

Enfin, les critères de sélection des dossiers accordent plus de valeur aux dossiers ayant une grande incidence économique. Non seulement on détermine clairement le volume d'affaires touché, mais on tient également compte de l'envergure géographique d'un marché, qui donne une indication de l'incidence économique. Par ailleurs, la puissance commerciale et la sensibilité du public peuvent dénoter l'importance économique. Ainsi, on risque moins de donner suite aux dossiers valables en vertu des dispositions de la Loi si leur incidence économique est moindre.

L'accent mis sur l'incidence économique d'un comportement anticoncurrentiel dans les critères de sélection des dossiers limite-t-il l'accès des petites entreprises à une mesure corrective? La réponse dépendra des circonstances. Une petite entreprise lésée par des agissements anticoncurrentiels peut être présente sur un vaste marché et, dans la mesure où un comportement est généralisé ou adopté par une entreprise dominante, la taille de la victime plaignante ne constituera pas un obstacle. Par ailleurs, le fait que plusieurs plaintes soient déposées relativement au même comportement augmentera les chances que le Bureau y donne suite.

Dans la mesure où les critères ont tendance à limiter l'accès des petites entreprises à un recours en cour ou devant le Tribunal, il est possible d'obtenir d'autres types de mesures correctives. En particulier lorsque de faibles volumes d'affaires sont en jeu, le Bureau s'est efforcé d'avoir recours à un autre instrument de règlement, prenant la forme de visites chez le présumé contrevenant afin de l'informer des dispositions de la Loi ou encore d'une forme d'intervention plus officielle reposant sur des engagements envers le Bureau et une surveillance. Le commissaire a favorisé une série de stratégies de résolution des plaintes afin d'offrir un recours plus rapide et plus économique. Comme l'indiquent les statistiques que nous avons présentées, ces stratégies ont remporté un franc succès en cas de plaintes sur le maintien des prix, mais ont été bien moins fructueuses en cas de discrimination par les prix et de prix d'éviction. Enfin, notre examen des documents des projets a mis en lumière le temps et les efforts importants consacrés par les agents du Bureau aux plaintes où le volume d'affaires en jeu était relativement modeste mais qui soulevait une réelle question de fond, ce qui donne à penser que les plaintes des petites entreprises sont prises au sérieux.

En somme, les critères de sélection des dossiers incluent des facteurs qui auront tendance à augmenter et à réduire la note attribuée aux plaintes concernant les pratiques en matière de prix, en fonction du comportement anticoncurrentiel particulier en cause. Ceci est inévitable dans l'application de tout critère général à une série de comportements différents.

En ce qui concerne les cas de discrimination par les prix et de maintien vertical des prix, la faible priorité accordée à l'application et l'importance conférée à l'incidence économique de la conduite anticoncurrentielle selon les critères de sélection des dossiers peuvent donner lieu à des notes plus faibles. Dans le cas du maintien des prix, cet effet négatif sera peut-être grandement compensé par la probabilité du recours à un autre instrument de règlement, ce qui améliorera la note et permettra de résoudre la plainte d'une autre façon que par des poursuites. Par ailleurs, les plaintes dûment fondées ayant trait au maintien des prix obtiendront probablement une meilleure note en fonction du critère relié à la solidité du dossier.

En ce qui concerne les plaintes relatives aux prix d'éviction, plusieurs caractéristiques des critères des Affaires criminelles risquent de réduire les notes dans la plupart des cas. Tout comme dans le cas des plaintes ayant trait au maintien des prix et à la discrimination par les prix, les cas de prix d'éviction ne constituent pas non plus une priorité et concernent le plus souvent des marchés locaux où le volume d'affaires peut être faible. Ces dossiers ne se prêtant peu à un autre instrument de règlement, la seule solution qui s'offre prendra probablement la forme de longues poursuites, ce qui leur conférera une mauvaise note pour ce qui est du critère de la considération relative à la gestion. Compte tenu des difficultés d'analyse et de preuve liées à la satisfaction du critère en deux étapes, de la comparaison restrictive entre le coût et le prix et du manque de reconnaissance de la preuve d'intention, les cas se rapportant à des prix d'éviction ne risquent guère d'obtenir une bonne note relativement au critère concernant la solidité du dossier.

Les critères des Affaires civiles, qui sont plus souples et ouverts, peuvent ne pas avoir les mêmes effets restrictifs pour ce qui est des plaintes relatives aux prix d'éviction car la catégorie reliée à la solidité du dossier joue un rôle moins important que dans les cas de discrimination par les prix et de maintien des prix étant donné que l'on tient compte d'un plus vaste concept d'effet anticoncurrentiel. Néanmoins, la structure globale des critères des Affaires civiles est identique à celle des critères des Affaires criminelles et aucune priorité particulière n'est accordée aux cas se rapportant aux pratiques en matière de prix. Par conséquent, il n'existe aucune raison de s'attendre à des résultats fort différents dans l'application des critères des Affaires civiles à ces cas.

Évaluation de l'expérience en matière d'application

Le profil statistique de l'activité relative à l'application de la loi par le Bureau tend à étayer la conclusion selon laquelle l'application des critères de sélection des dossiers aux plaintes relatives aux pratiques en matière de prix aura probablement pour résultat qu'un nombre peu élevé de dossiers feront l'objet de mesures d'application. Toutefois, ceci peut poser un problème selon plusieurs autres considérations : 1) l'application des critères de sélection des dossiers et des lignes directrices pour l'application de la loi du Bureau a-t-elle des chances de donner lieu à des décisions claires en matière d'application en fonction des considérations énoncées à la partie I? 2) une faible activité d'application convient-elle étant donné les autres utilisations des ressources du Bureau? 3) les critères entraîneront-ils suffisamment de mesures d'application?

1. *Justesse de la prise de décisions en matière d'application*

Si l'application des critères de sélection des dossiers et des lignes directrices pour l'application de la loi du Bureau a de bonnes chances de donner lieu à des décisions judicieuses, conformes à l'analyse économique que renferme la partie I, dans ce cas, l'exercice restreint des pouvoirs officiels de mise en application sera moins préoccupant. Les types de pratiques anticoncurrentielles en matière de prix sont abordées une à une.

Discrimination par les prix : En raison de la difficulté de présenter de solides arguments économiques à l'encontre de la discrimination par les prix, le Bureau devrait adopter une approche prudente en matière d'application. L'approche d'interprétation adoptée dans les lignes directrices sur la discrimination par les prix reflète en général cette prudence. On interprète en des termes généraux les circonstances dans lesquelles l'imposition de prix différents à des clients différents devrait être permise. De même, les facteurs des critères de sélection des dossiers axés sur la gravité éventuelle de l'effet anticoncurrentiel font état d'une modération adéquate. Ni les lignes directrices ni les critères de sélection des dossiers ne donnent une analyse pleinement élaborée indiquant à partir de quand la discrimination par les prix est anticoncurrentielle. Comme on le montre à la partie I, une telle analyse est imprécise. Néanmoins, les critères de sélection des dossiers sont axés sur des considérations qui, selon notre analyse économique de la partie I, devraient être pertinentes : puissance commerciale, durée de l'activité et son effet anticoncurrentiel.

Prix d'éviction : Les lignes directrices sur les prix d'éviction présentent un cadre d'analyse de la pratique d'éviction, qui est généralement conforme à la théorie économique. Cependant, son application pourrait donner lieu à une vue d'ensemble plus étroite de la pratique d'éviction que ne le laisse entrevoir la théorie économique en raison de l'absence relative de l'importance accordée au comportement stratégique. Les éléments des critères de sélection des dossiers des Affaires criminelles se rapportant à la solidité du dossier ayant trait à des prix d'éviction ne font pas mieux que les lignes directrices sur les prix d'éviction et, en fait, restreignent l'enquête. Par conséquent, certains dossiers qui respectent les dispositions des lignes directrices obtiennent une mauvaise note, ce qui soulève des préoccupations concernant l'effet des critères sur la justesse de la prise de décisions en matière d'application.

Maintien des prix : Les éléments des critères des Affaires criminelles ayant trait à la solidité des dossiers faisant état de pratique de maintien des prix reflètent la disposition de la *Loi sur la concurrence*, mais, ce faisant, ne tiennent pas compte des éventuelles justifications d'efficience. Les critères de sélection des dossiers exigent toutefois la prise en compte de la puissance commerciale et de l'effet anticoncurrentiel, qui peuvent permettre la prise en compte des gains en efficience. Dans cette mesure, les critères semblent jeter les bases d'une évaluation exacte du point de vue économique.

2. *Priorité à accorder aux pratiques anticoncurrentielles en matière de prix par rapport à d'autres activités du Bureau*

Notre examen a porté exclusivement sur les dispositions de la *Loi sur la concurrence* relatives aux pratiques en matière de prix. Par conséquent, il est impossible de se prononcer sur la pertinence des critères compte tenu des limites financières et des priorités concurrentes. Il aurait été nécessaire à cette fin de dresser la liste de toutes les activités du Bureau et d'évaluer leur importance relative. Cependant, on peut se demander si les critères sont axés sur les aspects du comportement anticoncurrentiel qui révèlent l'ampleur des effets préjudiciables à la concurrence. En général, la réponse est affirmative. La puissance commerciale, le volume d'affaires, l'étendue géographique et la sensibilité du public seront tous des indicateurs importants de la gravité de l'effet des agissements anticoncurrentiels. Les critères reflètent également une certaine prise en compte de la flagrance du comportement anticoncurrentiel. Pour ce qui est de la politique d'application, le fait que le comportement soit caché et que le contrevenant se soit déjà livré à des agissements anticoncurrentiels constitue un facteur donnant davantage de poids à l'évaluation du dossier.

3. *Caractère suffisant des mesures d'application*

Compte tenu de notre incapacité à évaluer les priorités concurrentes au sein du Bureau, nous ne nous prononcerons pas sur la question de savoir si le nombre d'affaires est suffisant. Cependant, on peut faire part de plusieurs observations. Selon les statistiques, peu de dossiers ont été traités jusqu'à ce qu'on parvienne à une forme de règlement, sauf au moyen d'autres instruments de règlement dans le cas des plaintes visant le maintien des prix. L'absence relative de procédures officielles d'application soulève plusieurs préoccupations concernant la clarté et, en fin de compte, l'efficacité de la loi. Des procédures d'application obligeraient les cours et les tribunaux à peaufiner progressivement la loi, en clarifiant son application et en soulignant la volonté du Bureau de l'appliquer. Un nombre accru d'affaires portées devant les tribunaux mettrait également au jour les lacunes de la loi, mais en fin de compte se révélerait bénéfique en favorisant la réforme de la loi. On peut espérer qu'une plus grande clarté engendrée par l'adoption dans un plus grand nombre de cas de mesures d'exécution susciterait un plus grand intérêt pour les actions privées en vertu de l'article 36. À ce jour, la possibilité de poursuites civiles pour infraction aux dispositions pénales a été peu exploitée[272].

En l'absence de procédures officielles d'application, les efforts déployés par le Bureau pour clarifier son interprétation de la loi aux fins d'application ont été extrêmement utiles. En effet, les lignes directrices comportent un avantage de taille par rapport à la jurisprudence. Elles peuvent être produites à un coût bien moindre et être rédigées de sorte à aborder des problèmes de manière plus générale que ne le fait une accumulation de décisions, dont chacune traite d'une série particulière de faits uniquement et qui peuvent s'appliquer de manière restreinte à d'autres situations[273]. Grâce aux lignes directrices, les agents de commerce, qui sont chargés de l'étape critique de l'évaluation préliminaire des dossiers, disposent des outils voulus pour prendre des décisions judicieuses et uniformes. En proposant une méthode d'application claire, les lignes directrices facilitent peut-être le recours à d'autres instruments de règlement et, plus généralement, réduiront le fardeau relié à la conformité des entreprises.

Cependant, ce genre d'approche a des limites en soi. Il importe de porter devant les tribunaux un nombre

minimum d'affaires si l'on veut que le secteur privé considère les activités d'application comme une menace crédible et soit incité à observer la loi. Cela ne veut pas dire pour autant que les énormes efforts déployés par le commissaire pour encourager la conformité volontaire à la loi soient mal orientés. L'investissement dans l'information en général concernant la *Loi sur la concurrence* et son application, les campagnes d'information ciblées, les avis consultatifs et les certificats de décision préalable concernant les fusionnements envisagés s'avèrent des stratégies utiles, en particulier dans un contexte de ressources limitées[274]. Cependant, à un certain point, des procédures officielles d'application s'imposent pour montrer le sérieux du Bureau relativement à ses activités d'application de la Loi et assurer l'efficacité de ces stratégies de conformité volontaire.

Par ailleurs, les lignes directrices ne sont pas exécutoires pour le Bureau, les cours ou le Tribunal et ne sauraient se substituer aux actions privées en vertu de l'article 36. Bien qu'il soit à toutes fins pratiques improbable que des mesures d'application soient prises relativement aux activités conformes aux lignes directrices du Bureau, il existe un risque résiduel d'application qui nuit à leur fiabilité par rapport à la jurisprudence, lequel s'aggravera dans la mesure où les lignes directrices proposent des interprétations qui semblent en désaccord avec la loi.

Comme on l'a mentionné à la partie II, les lignes directrices sur la discrimination par les prix et les lignes directrices sur les prix d'éviction adoptent divers modes d'interprétation qui prolongent les dispositions de la Loi. Dans le cas des lignes directrices sur les prix d'éviction, le critère complexe en deux étapes établi pour la pratique d'éviction n'a pas été approuvé pleinement dans la jurisprudence limitée. Par ailleurs, les lignes directrices minimisent l'importance du rôle de l'intention et de l'élimination de concurrents, dont il est question dans la disposition pénale sur les prix d'éviction. Les lignes directrices sur la discrimination par les prix adoptent des interprétations concernant le moment où des conditions sont accessibles aux concurrents et où une vente se produit, interprétations auxquelles l'on a reproché d'être non conformes à la loi.

Lorsqu'on examine les critères de sélection des dossiers, on trouve d'autres critères non mentionnés dans la Loi. Comme on l'a laissé entendre, il est possible de justifier la plupart de ces critères supplémentaires d'après l'analyse économique de la partie I ou de faire valoir une gestion prudente de ressources limitées. Néanmoins, en appliquant les critères d'application de la Loi relatifs aux pratiques en matière de prix extérieurs au texte législatif et qui tendent à réduire la probabilité de poursuites, les lignes directrices et les critères de sélection des dossiers peuvent soulever plusieurs préoccupations. On crée un fossé entre les attentes des personnes qui portent plainte auprès du Bureau et ce que le Bureau est prêt à faire contre des pratiques en matière de prix présumées anticoncurrentielles. La situation est particulièrement grave en cas de discrimination par les prix et de pratique d'éviction, puisqu'en l'absence complète de procédures officielles d'application, le Bureau pourrait être accusé de choisir de ne pas appliquer la Loi. Ceci donne à penser qu'il y a lieu de réexaminer les critères de sélection des dossiers de sorte à réduire les obstacles qui empêchent les tribunaux d'être saisis des plaintes et de réviser les lignes directrices afin de respecter plus rigoureusement la Loi. Ou bien, il y a lieu de réformer les dispositions afin de donner au Bureau une orientation plus claire quant à sa politique d'application. D'une façon ou d'une autre, il en résultera une plus grande concordance entre la lettre de la loi et la politique de mise en application du Bureau[275].

Partie IV Éléments d'un régime de concurrence – sommaire et conclusions

Introduction

Le traitement efficace des pratiques anticoncurrentielles en matière de prix est parsemé d'embûches. Il est difficile à la fois de déceler les pratiques anticoncurrentielles en matière de prix et de concevoir des règles juridiques permettant l'adoption de mesures d'application efficaces et en temps opportun. Dans la présente partie, nous résumons les résultats de notre examen et nous dégageons certaines conclusions concernant les règles en vigueur au Canada sur les pratiques anticoncurrentielles en matière de prix et leur mise en application.

Conclusions concernant certains types de pratiques anticoncurrentielles en matière de prix

Discrimination par les prix

Pertinence des dispositions en vigueur - Nul doute que l'actuelle disposition pénale sur la discrimination par les prix ne traite pas de façon adéquate cette problématique. L'analyse économique présentée à la partie I conclut que dans de nombreux cas, la discrimination par les prix n'est pas anticoncurrentielle. La possibilité que la discrimination par les prix ait un effet anticoncurrentiel dépendra des circonstances propres à chaque cas. En vertu de la disposition en vigueur, l'exercice de la puissance commerciale n'est pas précisé comme condition préalable à la véritable discrimination que peut exercer un fournisseur et aucune évaluation de l'effet de la discrimination sur la concurrence n'est requise. À cet égard, la disposition est trop englobante. Par ailleurs, en n'incluant pas la discrimination dans les services et dans les formes de transaction autres que les ventes, la disposition exclut d'importants domaines d'activité économique du marché actuel. Sous sa forme actuelle, la disposition pénale sur la discrimination par les prix ne s'avère donc pas un outil précis pour faire échec aux comportements anticoncurrentiels et impose des coûts excessifs aux entreprises reliés à la conformité et à la surveillance. Comme la discrimination par les prix est une infraction pénale, cet effet paralysant se trouve amplifié.

On peut étayer cette conclusion en faisant allusion à un problème particulier, mis en évidence par l'étude, que pose la disposition pénale en vigueur. L'alinéa 50(1)*a)* ne reflète pas avec exactitude les fondements légitimes en vertu desquels les clients peuvent être traités différemment. Selon l'analyse économique présentée à la partie I, seules les différences de coûts reliées à l'approvisionnement de clients différents plutôt que simplement les différences dans la quantité et la qualité devraient être retenues comme norme. L'exigence selon laquelle la discrimination doit avoir trait à des articles de qualité et de quantité similaires s'avère un substitut partiel et imparfait aux coûts différents des services aux clients.

Certains éléments de la disposition en vigueur exigent la prise en compte de facteurs qui, selon l'analyse économique de la partie I, sont pertinents. L'exigence d'une politique de discrimination par les prix élimine la discrimination provisoire exercée, le cas échéant, par suite de changements dans l'offre ou la demande ou afin de réagir à des changements de prix de la part de concurrents. L'exigence selon laquelle des prix

non discriminatoires doivent être « accessibles » aux concurrents est également conforme à la théorie économique. En présence de l'un ou l'autre de ces facteurs, il n'y a pas de véritable discrimination.

En traitant la discrimination par les prix comme une forme d'abus de position dominante en vertu de l'article 79, on peut combler plusieurs lacunes de la disposition pénale sur la discrimination par les prix. Le traitement de la discrimination par les prix comme une affaire donnant lieu à un examen civil serait d'ailleurs conforme à la manière dont sont traités d'autres comportements verticaux dans la Loi. La disposition sur l'abus comprend un critère de puissance commerciale que la théorie économique identifie comme une condition préalable à la discrimination et exige qu'il y ait évaluation de l'effet de la discrimination sur la concurrence.

Cependant, l'application de l'article 79 aux plaintes relatives à la discrimination par les prix ne va pas sans difficultés. Il sera peut être nécessaire d'adapter aux cas de discrimination par les prix l'approche à l'égard de la puissance commerciale de la disposition sur l'abus. Il faudra tenir compte du seuil adéquat de part de marché, et on devra peut-être élaborer un critère tenant précisément compte de la disponibilité d'autres sources d'approvisionnement, comme dans la disposition sur le refus de vendre[276] afin d'évaluer l'effet sur la concurrence. Par ailleurs, il faudra réfléchir à la façon d'évaluer les effets sur la concurrence lorsque l'entreprise dominante évolue sur un marché différent de celui où la personne touchée mène ses activités. Même en présence d'effets importants sur une entreprise ou un petit nombre d'entreprises, on ne sait pas vraiment si la disposition sur l'abus permettrait de conclure à une réduction importante de la concurrence.

Mais en pratique, comparativement aux dispositions pénales, l'analyse de la discrimination par les prix dans le cadre de l'article 79 se traduirait par une perte de certitude et de prévisibilité. Nous avons deux arguments à opposer à cette préoccupation légitime. Tout d'abord, les coûts reliés à la conformité augmenteront uniquement pour les participants du marché qui détiennent une puissance commerciale suffisante pour atteindre le seuil prévu pour l'application de la disposition. Et même ces entreprises ne doivent surveiller leur comportement que si leurs agissements entraînent une réduction sensible de la concurrence. Bien qu'on admette que ce critère est moins certain et prévisible que les exigences de la disposition actuelle, il prévoit un seuil plus élevé et est similaire aux normes énoncées dans d'autres dispositions civiles de la Loi. Pour la grande majorité des entreprises ne détenant pas de puissance commerciale, l'article 79 ne s'appliquera pas, de sorte que leurs coûts reliés à la conformité seront bien moins élevés qu'en vertu du régime en vigueur. Ensuite, l'approche adoptée en vertu de l'article 79 sera au moins aussi prévisible que la norme en vigueur aux États-Unis et en Europe et pourrait être étoffée par la jurisprudence.

Le traitement de la discrimination par les prix en vertu de la disposition sur l'abus de position dominante prévoit une procédure qui permettrait au Tribunal de la concurrence de parvenir à un compromis entre les impératifs de la théorie économique et l'intérêt pour les entreprises d'être protégées contre la discrimination exercée par leurs fournisseurs. Le poids de la théorie économique donne à penser que l'objet de la Loi devrait être la protection de la concurrence dans l'intérêt de l'efficience et non des concurrents, et l'objet de la Loi ainsi que de nombreuses autres dispositions de la Loi reflètent cette priorité. Néanmoins, l'histoire

législative de l'alinéa 50(1)*a)* ainsi que l'objet de la Loi soulignent le besoin d'assurer, aux termes du paragraphe 1.1, le maintien de la concurrence afin « d'assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne ». En vertu de l'article 79, il revient au Tribunal de décider si la mesure corrective était appropriée compte tenu des effets sur la concurrence en général, y compris tout préjudice subi par les concurrents dans le contexte de cas particuliers. Le Tribunal devrait déterminer si la solution est adéquate en fonction de l'importance conférée aux divers éléments de l'objet de la Loi. L'affaire Interac, qui a donné lieu à de nombreuses interventions devant le Tribunal, est un bon exemple de recours au Tribunal pour résoudre des affaires complexes où des intérêts concurrents sont en jeu[277]. Les décisions du Tribunal fourniraient une orientation pour des dossiers similaires. Comparativement aux règles, non discrétionnaires, établies pour la discrimination par les prix, elles donneront probablement de meilleurs résultats dans un nombre accru de cas et réduiront les effets paralysants sur la concurrence et l'efficience associés à la règle non discrétionnaire en vigueur, qui a une portée trop large.

Pertinence des lignes directrices sur la discrimination par les prix - Sous leur forme actuelle, les lignes directrices sur la discrimination par les prix sont utiles, bien qu'elles ne puissent combler entièrement les lacunes de la disposition pénale sur la discrimination par les prix dont nous avons parlé afin que celle-ci soit conforme à l'analyse économique de la partie I. Certaines améliorations peuvent cependant être apportées.

Il faudra réviser les *lignes directrices* pour les rendre plus conformes à la *Loi sur la concurrence*. En vertu de l'actuelle approche à l'égard de l'« accessibilité » des concessions de prix, une offre de concession de prix doit être faite par un fournisseur dans certains cas. Il est difficile de faire cadrer une telle interprétation avec la loi. Par ailleurs, l'approche adoptée à l'égard de l'interprétation des ventes doit être repensée. Les lignes directrices exemptent du champ d'application de la loi les transactions mettant en cause des sociétés affiliées, des systèmes de franchise et des escomptes internationaux de volume, qui nécessitent une interprétation des ventes non conforme à la jurisprudence établie. Au moins pour ce qui est des sociétés affiliées, il ne s'agit pas simplement d'un problème technique. Il peut y avoir de bonnes raisons d'exempter les ventes entre sociétés affiliées, car les conditions de ces ventes peuvent ne pas refléter des relations commerciales indépendantes. Dans certaines situations, toutefois, la discrimination en faveur de sociétés affiliées peut avoir des effets anticoncurrentiels[278]. Il est donc difficile de justifier une exemption générale du champ d'application de la loi.

Bien qu'il n'existe aucun obstacle technique à l'application de l'article 79 à la discrimination par les prix, pour s'assurer que cette dernière est généralement analysée en vertu de la disposition sur l'abus de position dominante, il faudrait remanier les lignes directrices afin d'indiquer la marche à suivre à la lumière des questions soulevées à la section précédente et de mettre fin à la pratique qui consiste à considérer la discrimination par les prix principalement en vertu de la disposition pénale, pratique qui a peut-être cours si l'on en croit le profil statistique de la partie III.

Pertinence de l'activité de mise en application - Comme le montre le profil statistique de l'activité d'application, aucune mesure officielle d'application n'a été intentée pendant la période d'examen et ce genre de mesure n'a été que rarement utilisé. Les initiatives récentes menées pour donner suite aux plaintes

à l'aide d'un autre instrument de règlement n'ont eu qu'un succès limité dans les cas de discrimination par les prix. Peu de plaintes relatives à la discrimination par les prix ont été traitées en vertu de la disposition sur l'abus de position dominante.

Sans évaluer la valeur relative des nombreuses autres activités du Bureau, il est impossible de tirer une conclusion définitive concernant l'activité de mise en application. Cependant, on peut dire que la disposition pénale en vigueur est suffisamment défectueuse pour que le Bureau, quand il s'acquitte de son mandat général de protection de la concurrence, adopte une approche très prudente dans son traitement des rares plaintes faisant état d'une discrimination par les prix. En ce qui concerne le traitement des dossiers en vertu de la disposition relative à l'abus, diverses questions se posent concernant la façon dont le Tribunal traiterait une plainte faisant état de discrimination par les prix. Rien n'indique clairement que le Bureau utiliserait à bon escient ses ressources limitées s'il intentait des poursuites pour résoudre ces questions, sauf peut-être lorsque la discrimination par les prix constitue une pratique qui s'ajoute à plusieurs agissements présumés anticoncurrentiels ou que l'effet sur la concurrence est sensible. Une meilleure utilisation d'autres instruments de règlement constituerait une stratégie plus rentable. Vu la clarté de la disposition pénale, on ne sait pas avec certitude pourquoi une telle stratégie pourrait être plus efficace.

Prix d'éviction

Pertinence des dispositions - L'élaboration de règles pour traiter avec efficacité les plaintes faisant état de prix d'éviction constitue le problème le plus épineux relié aux pratiques anticoncurrentielles en matière de prix. Les effets de ces pratiques peuvent être dévastateurs, mais ils sont extrêmement difficiles à distinguer des effets d'une concurrence vigoureuse, même si d'importantes ressources y sont consacrées. Une chose semble claire : la disposition pénale en vigueur présente de graves lacunes en tant qu'instrument offrant une mesure corrective lorsqu'il y a pratique d'éviction[279].

L'obligation pour le présumé prédateur de vendre à des prix déraisonnablement bas prévue à l'alinéa 50(1)*c)*[280] est très vague. La jurisprudence très limitée ne fournit pas la marche à suivre pour déterminer quand les prix sont déraisonnablement bas. Comme nous l'avons dit précédemment, les lignes directrices sur les prix d'éviction règlent ce problème, bien qu'il existe diverses façons de les améliorer, comme nous l'indiquerons ci-dessous.

En l'absence d'un tel cadre, l'article en soi est très général. Toute intention d'éliminer un concurrent ou l'élimination réelle d'un concurrent, associée à la pratique de bas prix, peuvent suffire pour qu'il y ait responsabilité. Même si les préoccupations concernant l'efficacité penchent en faveur d'un régime empêchant l'établissement de prix inférieurs au coût, pratique qui a pour effet d'éliminer des concurrents plus efficaces, innovateurs ou vigoureux, la disposition en vigueur protège tous les concurrents, peu importe l'efficience ou l'effet global sur la concurrence. À cet égard, la disposition est en contradiction avec l'analyse économique des pratiques d'éviction fondées sur l'efficience.

On peut résoudre ces problèmes, entre autres en considérant la pratique d'éviction dans le cadre de

l'article 79. Comme le préconise l'analyse économique de la partie I, en vertu de l'article 79, la puissance commerciale constitue un seuil pour l'obtention d'une mesure corrective. La disposition sur l'abus réduit le fardeau de la preuve en matière civile, qui peut être important compte tenu de la nature intrinsèquement contestable des allégations de prix d'éviction.

Par ailleurs, elle exige une évaluation de l'effet sur la concurrence. Le Tribunal serait en mesure de déterminer si, non seulement, il existait une possibilité de récupération au moyen de prix supraconcurrentiels, mais également d'examiner les effets du comportement prédateur sur la dynamique de la concurrence sur le marché qui est le siège de la pratique d'éviction. Ces effets incluraient la disparition de certains concurrents et leurs perspectives de retour sur le marché. Le Tribunal pourrait déterminer dans quelle mesure il était adéquat de tenir compte de considérations non basées sur l'efficience, notamment s'il était équitable d'éliminer intentionnellement un concurrent en pratiquant des bas prix.

La disposition relative à l'abus permettrait également de tenir compte de conditions particulières sur le marché, y compris les facteurs analysés relativement à la nouvelle économie décrite à la partie I. Même dans un marché caractérisé par des niveaux élevés d'innovation, la baisse des coûts et des effets de réseau, une stratégie de bas prix ayant éliminé un concurrent pourrait être jugée favorable à la concurrence, lorsqu'elle faisait partie d'une stratégie plus générale visant à introduire une nouvelle technologie meilleure, et que toute position dominante en résultant ne pouvait qu'être de courte durée compte tenu des innovations futures.

Cependant, l'article 79 ne prévoit pas de méthode particulière applicable à la pratique d'éviction et il y aurait lieu d'étoffer et d'adapter aux fins de l'application aux pratiques d'éviction l'approche adoptée par le Tribunal concernant la notion cruciale de puissance commerciale. En particulier, comme l'indiquent les lignes directrices sur les prix d'éviction, il peut y avoir des cas d'éviction où le prédateur détient une part du marché inférieure à la part d'environ 50 pour cent à laquelle a fait allusion le Tribunal dans les affaires entendues jusqu'à ce jour. Par ailleurs, comparativement aux affaires faisant état d'abus de position dominante, il se peut qu'en ce qui concerne les pratiques d'éviction, la nature de la puissance commerciale soit différente. Le comportement stratégique de l'entreprise dominante jouerait un plus grand rôle.

L'un des éventuels obstacles à l'obtention d'une mesure corrective auprès du Tribunal, est que ce dernier a fait état de sa réticence à interférer directement avec les décisions en matière de prix prises par les entreprises. Il peut donc hésiter à rendre une ordonnance interdisant expressément à une entreprise un comportement en matière de prix, comme l'établissement d'un prix minimal. Il serait pratiquement impossible d'ordonner à une entreprise de mettre simplement fin à sa pratique d'éviction. Il faudrait adopter certaines mesures correctives appropriées pour que l'on puisse se fonder sur l'article 79 pour faire échec aux pratiques d'éviction.

Pertinence des lignes directrices sur les prix d'éviction - L'approche de mise en application adoptée dans les lignes directrices sur les prix d'éviction du Bureau est généralement conforme aux facteurs révélant une pratique d'éviction énoncés à la partie I. Cependant, la norme établie par le Bureau peut être plus rigoureuse qu'il ne le faut dans la pratique.

Il existe plusieurs raisons à cette préoccupation. Le critère en deux étapes établi dans les lignes directrices constitue une norme très élevée. En effet, compte tenu de la nature finalement contestable des allégations concernant la puissance commerciale, le besoin de prouver l'existence d'une puissance commerciale suffisante pour permettre la récupération afin d'atteindre la norme de preuve en matière pénale, hors de tout doute raisonnable, est très onéreux. Dans de nombreux cas, notamment lorsque le prédateur est fortement intégré verticalement, il sera extrêmement difficile d'obtenir des preuves solides concernant les coûts du présumé prédateur. Dans d'autres cas, il sera impossible d'obtenir des preuves en matière de coût sans l'exercice des pouvoirs de perquisition conférés par la Loi et l'incapacité de faire la preuve d'une possibilité crédible de récupération pourrait encore empêcher l'adoption de cette mesure.

Bien que l'on puisse régler certains de ces problèmes en s'appuyant sur les preuves d'intention, ces dernières ne seront pas disponibles dans certains cas, et dans de nombreux autres, elles ne seront pas fiables. Quoi qu'il en soit, les lignes directrices indiquent que l'intention jouera un rôle mineur dans l'évaluation du Bureau.

Les lignes directrices sur les prix d'éviction ne donnent aucune orientation concernant l'application possible de théories récentes se rapportant à un plus large éventail de situations où des pratiques d'éviction peuvent avoir cours. Elles ne reflètent pas pleinement ces nouveaux éléments d'information concernant la façon de cerner et de mesurer les obstacles stratégiques à l'entrée d'une part et de prendre en compte les avantages hors-prix associés à une stratégie d'éviction d'autre part. Par ailleurs, les lignes directrices ne parlent pas non plus expressément des défis de la nouvelle économie[281].

Même si l'article 79 pourrait être invoqué dans le cas des pratiques d'éviction, comme nous l'avons indiqué, plusieurs questions relatives à l'application demeurent en suspens, lesquelles pourraient être abordées utilement dans les lignes directrices. Celles-ci ne précisent cependant pas comment traiter les pratiques d'éviction en vertu de l'article 79.

La dernière difficulté que posent les lignes directrices a trait au fait que l'approche adoptée par le Bureau n'a pas été employée et appliquée directement par les tribunaux. Les lignes directrices indiquent que l'intention d'éviction, en l'absence des caractéristiques structurelles et dynamiques du marché rendant la récupération probable et la pratique d'éviction rationnelle, risque d'être insuffisante pour justifier le fondement d'une plainte. Une approche de ce genre ne reflète pas pleinement les termes de l'alinéa 50(1)*c)*, qui fait référence à l'élimination d'un concurrent et à une politique destinée à réduire sensiblement la concurrence ou à éliminer un concurrent. L'approche du Bureau reconnaît la réalité pratique, à savoir que la preuve directe d'intention est rare et peu fiable et que l'efficience ne requiert pas forcément la protection de concurrents particuliers. Les poursuites intentées en raison de l'intention uniquement risquent de pénaliser les auteurs de pratiques d'éviction non fructueuses qui profitent au client, du moins temporairement, sous la forme de prix plus bas. Cependant, le manque de cohérence possible entre les lignes directrices et la Loi rend les lignes directrices moins efficaces. Ce point est abordé plus en détail ci-dessous.

Pertinence de la mise en application - Les poursuites en vertu de la disposition pénale sur les prix

d'éviction sont rares et jamais une demande au Tribunal relative à la pratique d'éviction n'a été acceptée, même si cette pratique constituait l'une des allégations dans l'affaire *NutraSweet*. Là encore, sans une évaluation de la valeur relative des nombreuses autres activités du Bureau, il est impossible de tirer une conclusion définitive concernant l'activité d'application. Comme les critères établis par le Bureau sont en général conformes à l'analyse économique, d'aucuns affirmeront qu'il n'y a rien à faire, en faisant valoir que l'absence de poursuites en règle reflète simplement la réalité - à savoir que la pratique d'éviction est rare - et reconnaît le risque d'erreur, à savoir que l'intervention du Bureau ne parvienne en fin de compte qu'à obliger les consommateurs à payer plus. Compte tenu du nombre de plaintes déposées faisant état d'un comportement prédateur et des grandes préoccupations soulevées par certaines organisations commerciales indépendantes interrogées pour les besoins de la présente étude, la réponse sera jugée insuffisante, d'autant plus, comme nous l'avons indiqué précédemment, que l'approche du Bureau dans les lignes directrices doit être améliorée si l'on veut qu'elle constitue un outil précis pour évaluer les allégations de pratiques d'éviction.

Par ailleurs, on peut s'interroger sur la priorité relativement faible accordée aux pratiques d'éviction en vertu des critères de sélection des dossiers du Bureau, lesquels semblent défavoriser les cas d'éviction de deux façons. Tout d'abord, en appliquant une pondération, les critères de sélection des dossiers rétrécissent l'éventail des pratiques d'éviction qui semble plus étendu, si l'on en croit les lignes directrices et l'analyse économique de la partie I. Deuxièmement, comme les autres instruments de règlement semblent rarement porter fruit dans les cas de pratiques d'éviction et que, par conséquent, il n'existe aucune solution de rechange en cas de contestation, sans compter le temps et les dépenses connexes, les plaintes faisant état de pratiques d'éviction obtiendront une mauvaise note relativement au facteur des considérations relatives à la gestion.

Plusieurs facteurs militent en faveur d'un traitement plus répressif, par le Bureau, des plaintes de pratiques d'éviction. L'absence de clarté de la loi concernant les pratiques d'éviction constitue un problème de taille. Des poursuites en règle obligeraient les cours et le Tribunal à peaufiner progressivement la loi, et en clarifiant son application adéquate, souligneraient la volonté du Bureau de l'appliquer. On parviendrait à cerner les lacunes de la Loi, ce qui, en fin de compte, en faciliterait la réforme. Une plus grande clarté grâce à l'adoption, dans un plus grand nombre de cas, de mesures officielles d'application, susciterait un plus grand intérêt pour les actions privées en vertu de l'article 36. Ces questions sont abordées plus en détail ci-dessous.

Maintien des prix

Pertinence des dispositions en vigueur - Les dispositions en vigueur sur le maintien des prix présentent en partie les mêmes lacunes que celles mises en évidence concernant la discrimination par les prix. La disposition en vigueur n'a pas pour unique objet de faire échec au maintien anticoncurrentiel des prix en fonction des critères proposés par l'analyse économique. Par conséquent, sous sa forme actuelle, elle ne constitue pas un outil adéquat pour prendre des procédures d'application et risque d'imposer aux entreprises des coûts excessifs au chapitre de la conformité et de la surveillance. Cet effet paralysant est

aggravé par la nature pénale de l'infraction qu'est le maintien des prix.

En ce qui concerne toutes les formes de maintien vertical des prix, l'analyse économique présentée à la partie I indique que les fournisseurs devraient être en mesure de tirer parti des moyens de défense invoquant l'efficience, comme la volonté d'encourager les clients à consacrer plus de ressources à la prestation d'un service à la clientèle. En vertu de l'article 61, lorsqu'un fournisseur refuse d'approvisionner un client ou pratique une autre forme de discrimination à l'égard d'un client en raison de la politique de bas prix de ce dernier, il peut se prévaloir de divers moyens de défense qui, d'une façon ou d'une autre, se rattachent à l'efficience. Il n'existe aucune raison évidente de limiter ces défenses au refus de fournir, alors qu'on peut les faire valoir à l'appui de toutes les activités de maintien des prix de revente. Cependant, en raison de l'impossibilité d'énumérer en détail toutes les défenses possibles invoquant l'efficience, il serait peut-être préférable de disposer d'un nombre accru de catégories non limitatives.

La disposition en vigueur traite comme une infraction criminelle tout effort visant à inciter un fournisseur à refuser de fournir un client en raison de la politique de bas prix de ce dernier. Lorsque l'auteur de cette initiative est un concurrent du client, souvent le motif peut être anticoncurrentiel. Néanmoins, l'effet sur la concurrence dépendra du succès des efforts, de la situation sur le marché en aval et de l'existence d'un motif basé sur l'efficience pour justifier les agissements du fournisseur. Ainsi, même dans ce cas, une évaluation de l'effet sur la concurrence semblerait justifiée et le traitement non discrétionnaire de tous les efforts déployés par les concurrents pour inciter au refus de fournir est trop englobant selon les considérations d'efficience économique.

L'application de la disposition en vigueur relative à l'abus de position dominante exigerait la prise en compte à la fois de la puissance commerciale de la personne cherchant à maintenir les prix et des effets sur la concurrence. Aborder le maintien des prix en s'appuyant sur la disposition relative à l'abus serait conforme également à la manière dont la *Loi sur la concurrence* traite d'autres obstacles verticaux. Comme on l'a mentionné relativement à la discrimination par les prix, le Tribunal devrait examiner la nécessité de concilier selon le cas les impératifs de l'efficience économique et l'intérêt des entreprises à ne pas faire l'objet de coercition de la part de leurs fournisseurs.

Toutefois, l'application de l'article 79 ne va pas sans difficultés. Comme l'article 79 n'est pas particulièrement adapté au traitement des plaintes relatives au maintien des prix, il serait nécessaire d'élaborer un certain cadre analytique pour donner suite à ces plaintes, lequel tiendrait compte des explications basées sur l'efficience analysées à la partie I. Rien n'indique clairement que dans les affaires de maintien des prix, l'exigence relative à la puissance commerciale devrait être identique à ce qu'elle est dans les affaires entendues par le Tribunal jusqu'à présent. La question de savoir comment traiter les effets anticoncurrentiels sur les marchés en aval devrait également être abordée. Par conséquent, par souci de clarté, il y aurait lieu d'étudier les lignes directrices abordant ces questions avant de faire de l'article 79 l'instrument d'application privilégié. Le dernier inconvénient associé au traitement du maintien des prix dans le cadre de l'article 79 est qu'il est bien moins clair que la disposition pénale en vigueur. L'incidence que cela pourrait avoir sur l'application est abordée dans la section suivante.

Le maintien horizontal des prix est sans équivoque une pratique anticoncurrentielle et il est indiqué de l'interdire en soi comme dans la disposition en vigueur, quoiqu'il faudrait envisager d'élaborer une politique d'application et éventuellement des lignes directrices pour aborder le rapport entre le maintien horizontal de prix et la disposition sur le complot.

Pertinence de la mise en application - Les procédures officielles d'application étaient auparavant très courantes dans un cas de maintien des prix et le Bureau était très fier de son succès à cet égard. Le profil en matière d'application présenté à la partie III indique que la situation a bien changé. Les poursuites intentées pendant la période d'examen sont rares, alors que le recours à d'autres instruments de règlement a été couronné de succès.

Étant donné la portée limitée de cette étude, il est impossible d'avoir une conclusion définitive concernant l'activité de mise en application du Bureau. Il n'y a aucun besoin probant pour justifier l'usage de procédures officielles d'application comme une alternative aux autres instruments de règlement étant donné que les exigences de la disposition pénale relative au maintien des prix sont claires et que la jurisprudence sur le sujet est relativement étoffée. Par conséquent, l'accent que porte le Bureau aux autres instruments de règlement semble approprié.

Inévitablement, si le maintien des prix est considéré dans le cadre de l'article 79, qui fait de la puissance commerciale une condition obligatoire et autorise les moyens de défense liés à l'efficience, il deviendra beaucoup plus difficile de donner suite à ce type de plainte en ayant recours à un autre instrument de règlement. Dans bien des cas, l'obligation de recueillir suffisamment d'information pour effecteur une évaluation précise suffira à retarder considérablement l'ouverture d'un dialogue sur d'autres instruments de règlement. Par ailleurs, il sera difficile que la conclusion faisant état de l'existence d'une puissance commerciale et de gains en efficience ne soit pas contestée dans l'optique des exigences très particulières de l'actuel article 61. Par ailleurs, du point de vue de la conformité, le recours à l'article 79 serait bien moins prévisible. Étant donné que les participants en présence sur le marché qui ne sont pas dominants sont exclus du champ d'application de l'article, cet état de choses compensera légèrement la perte de prévisibilité.

Il se pourrait également qu'en utilisant l'article 79 pour faire échec au maintien des prix on nuise à la capacité du Bureau de négocier un autre instrument de règlement, car en supprimant l'empreinte pénale d'une éventuelle condamnation, on priverait le Bureau d'une partie de ses moyens de négociation. Il sera possible de remédier quelque peu à cette situation dans la mesure où il sera plus facile de faire des démarches auprès d'un présumé contrevenant sur lequel plane uniquement la menace de sanctions civiles.

Quoi qu'il en soit, selon l'analyse économique de la partie I, le traitement du maintien des prix en vertu de l'article 79 devrait conduire à des activités d'application plus claires que l'approche prévue à l'article 61. Par conséquent, une approche prudente quant à la mise en application de l'article 61 est appropriée soit, en se concentrant sur les maintiens de prix ayant clairement un effet anticoncurrentiel. Les critères de sélection des dossiers du Bureau reflètent ce point de mire.

Commentaires généraux

Relever le défi de la nouvelle économie

Dans la nouvelle économie, la concurrence continuera à s'intensifier et le rythme du changement technologique continuera à s'accélérer. Dans les secteurs les plus touchés par ces tendances, il ne sera pas facile de cerner avec précision les comportements anticoncurrentiels en matière de prix et de prendre des mesures d'application pour y faire échec. Dans ses activités de mise en application de la *Loi sur la concurrence*, le Bureau doit prendre en compte le mode de fonctionnement de ces secteurs.

Il pourrait par exemple travailler à l'acquisition d'un plus grand savoir-faire spécialisé, comme nous l'expliquons ci-dessous, et mettre l'accent sur la prise en compte du fonctionnement dynamique des marchés au fil du temps plutôt que des effets à court terme. Cette approche influera sur les conclusions relatives aux changements qui touchent la nature et la durabilité de la position dominante dans certains secteurs.

Les marchés axés sur l'innovation présentent plusieurs caractéristiques, dont l'une a trait au fait que l'innovateur qui parvient à faire de son produit la norme occupera une position dominante, du moins pendant un certains temps. L'établissement d'une norme peut d'ailleurs être utile aux consommateurs. Une deuxième caractéristique a trait au fait que la puissance commerciale requise pour que les entreprises puissent se livrer avec succès à plusieurs types de pratiques anticoncurrentielles en matière de prix sera insaisissable en raison de la réduction des obstacles à l'entrée et des menaces constantes que feront peser sur la position dominante de l'entreprise innovatrice de nouveaux produits et de nouvelles technologies. Aucune norme ne sera durable à long terme, étant donné que les normes elles-mêmes seront le siège d'une concurrence acharnée. Cette situation a une incidence directe sur la manière dont sont menées les évaluations de la puissance commerciale en vertu de la disposition sur l'abus de position dominante et des lignes directrices sur les prix d'éviction.

Dans l'analyse de la politique de la concurrence qu'il effectue actuellement, le Bureau reconnaît les considérations d'efficience dynamique dans de nombreuses situations. La structure de l'article 79 permet aussi d'en tenir compte. Par ailleurs, le cadre élaboré pour l'interprétation de la disposition sur les prix d'éviction dans les lignes directrices sur les prix d'éviction repose sur l'efficience dynamique. Cependant, pour aucune des deux dispositions, le Bureau n'a exposé en détail comment il tiendra compte de l'efficience dynamique dans le contexte particulier des industries de la nouvelle économie. Qui plus est, les dispositions pénales non discrétionnaires en vigueur concernant la discrimination par les prix et le maintien des prix ne laissent guère de place, à première vue, à l'analyse de l'efficience économique. Par conséquent, on pourrait s'inquiéter du fait que ces dispositions sont mal adaptées pour faire face aux changements qui transforment actuellement l'économie canadienne.

Mobiliser le savoir-faire spécialisé du personnel

De par leur expérience, certains agents du Bureau ont acquis une connaissance approfondie de certains secteurs, mais il y a lieu de déployer des efforts plus vigoureux pour tirer parti de ce savoir accumulé et le développer. Récemment, la Direction des affaires civiles a pris des dispositions pour obtenir régulièrement auprès de la Direction des fusionnements de l'information sur l'industrie des déchets. Il faudrait encourager et appuyer ce genre d'échange d'information ainsi que la mise à profit du savoir-faire de certaines personnes appartenant à différentes directions.

Plusieurs facteurs énoncés dans l'étude expliquent pourquoi il est important d'améliorer le savoir-faire spécialisé. La principale vocation du Bureau en tant qu'organisme d'enquête consiste à donner suite aux plaintes, ce qui favorise un examen approfondi de la situation faisant l'objet de la plainte, mais peut empêcher l'analyse des tendances à plus long terme[282], alors que ce sont précisément ces tendances qui peuvent être les plus pertinentes pour évaluer l'incidence probable sur la concurrence d'un comportement particulier. La vulnérabilité aux changements dynamiques dans les différents secteurs est à la fois plus grave et plus importante étant donné la transformation radicale qui touche actuellement certains secteurs à mesure que le marché canadien relève les défis de la nouvelle économie. Les stratégies en matière de prix deviennent plus complexes et le contexte où évoluent de nombreuses entreprises se transforme rapidement sous l'effet de l'accélération du changement technologique et des effets de réseau.

Il est essentiel de mobiliser plus efficacement le savoir-faire spécialisé du Bureau de la concurrence afin de faire en sorte que ses agents soient en mesure de prendre des décisions judicieuses concernant le volume élevé de plaintes qu'ils traitent. Comme le montre le profil statistique de la partie III, la plupart des plaintes relatives aux pratiques en matière de prix sont réglées, d'une façon ou d'une autre, à l'étape de l'évaluation préliminaire avant de devenir des projets. Comme c'est à cette étape que l'incidence de la législation sur la concurrence touchera de nombreux participants du marché, il faut veiller en priorité à maximiser les probabilités d'une évaluation adéquate dès le départ. On pourra peut-être également donner suite aux plaintes avec plus de rapidité et d'efficience si l'on possède un meilleur savoir-faire spécialisé.

Cette nécessité d'un savoir-faire spécialisé est des plus pressantes pour les pratiques d'éviction où l'évaluation de la dynamique du marché est extrêmement complexe, en partie en raison de la nécessité de tenir compte du comportement stratégique du présumé prédateur tel que le comportement lié à sa réputation. Par ailleurs, non seulement le Bureau doit prendre en compte la dynamique du marché, théâtre de ces pratiques, mais également celle d'autres marchés où le présumé prédateur exerce ses activités. Le fait de comprendre ce qui s'est passé et ce qui risque de se produire dans un secteur rend les évaluations sur la crédibilité de l'éviction plus simples et probablement plus précises. Dans certains cas où l'on a décidé de ne pas aller de l'avant, par exemple, il peut être utile de surveiller le marché ayant fait l'objet d'une plainte. La cueillette de ce type d'information permettrait de mieux comprendre le processus concurrentiel dans un secteur particulier et l'application éventuelle de certaines théories récentes susceptibles de jeter un éclairage sur les stratégies d'éviction.

L'amélioration du savoir-faire spécialisé ne signifie pas qu'un dossier sera analysé en fonction d'éléments autres que son fondement. Le savoir-faire permettra plutôt de procéder à des évaluations plus précises

d'une situation particulière en fonction de l'expérience antérieure et d'une compréhension subtile des développements en cours et d'éventuels développements ultérieurs. Le problème consiste à mettre au point des stratégies efficaces afin de mieux perfectionner et stimuler ce savoir-faire[283].

Les limites des lignes directrices

En établissant ses lignes directrices sur la discrimination par les prix et celles sur les prix d'éviction, le Bureau a essayé de doter son personnel d'un instrument analytique cohérent pour l'application des dispositions pénales ayant trait aux prix d'éviction et à la discrimination par les prix. Malgré les critiques que nous avons faites, cette approche s'est généralement révélée très efficace. Les lignes directrices sont beaucoup plus efficaces que les procès pour clarifier l'interprétation des dispositions de la *Loi sur la concurrence*. Par ailleurs, elles peuvent s'appliquer de manière générale à des problèmes et dans un cadre analytique, tandis que les décisions des tribunaux sur des affaires données présentent deux inconvénients, celui de ne dévoiler que progressivement les subtilités de la loi et celui de livrer parfois une analyse qui peut être liée aux éléments propres à chaque affaire. Grâce aux lignes directrices les agents de commerce chargés de l'étape critique de l'évaluation préliminaire des dossiers disposent des outils voulus pour prendre des décisions judicieuses et uniformes. En proposant une méthode d'application claire, les lignes directrices peuvent faciliter le recours à d'autres instruments de règlement et, plus généralement, réduiront les coûts reliés à la conformité des entreprises.

Cependant, les lignes directrices ont des limites. Elles n'ont pas force obligatoire pour le Bureau et ne constituent pas un moyen de défense à des mesures de mise en application privées. Elles ne peuvent combler les lacunes fondamentales de la loi. Dans la mesure où la politique d'application présentée dans les lignes directrices est en désaccord avec les dispositions elles-mêmes, les lignes directrices sont moins fiables. Par ailleurs, on risque de voir se créer un fossé entre les attentes à l'égard de l'application reposant sur les dispositions de la Loi et l'activité d'application reposant sur les lignes directrices.

Nous avons relevé plusieurs modes d'interprétation des lignes directrices sur la discrimination par les prix et des lignes directrices sur les prix d'éviction qui prolongent les dispositions de la Loi. Dans le cas des lignes directrices sur les prix d'éviction, le critère détaillé en deux étapes établi pour la pratique d'éviction n'a pas été complètement approuvé dans la jurisprudence limitée. Par ailleurs, les lignes directrices minimisent l'importance du rôle de l'intention ainsi que de l'élimination des concurrents auxquels il est fait allusion dans la disposition pénale sur les prix d'éviction. Les lignes directrices sur la discrimination par les prix adoptent des interprétations concernant le moment où des conditions sont accessibles aux concurrents et où une vente se produit, interprétation à qui l'on a reproché d'être non conforme à la loi. Lorsqu'on examine les critères de sélection des dossiers, on trouve d'autres critères non spécifiés dans la Loi.

Pour que les lignes directrices et d'autres stratégies de conformité volontaire portent fruit, elles doivent être accompagnées de procédures officielles d'application. Cette activité s'impose d'une part afin de prouver que le recours à des mesures d'application constitue une menace crédible et d'autre part afin de clarifier la loi en confirmant ou en infirmant l'interprétation du Bureau. En faisant ressortir les lacunes de la loi, les

mesures de mise en application encouragent les réformes.

Des procédures officielles d'application seraient utiles pour ce qui est des pratiques en matière de prix. Il existe d'importantes différences entre ce que préconise la théorie économique et les dispositions pénales portant sur les pratiques anticoncurrentielles en matière de prix, en partie parce que les dispositions relatives aux pratiques en matière de prix visent à protéger certaines catégories de concurrents contre les activités d'autres concurrents jugées injustes, plutôt que de s'en tenir à favoriser l'efficacité de l'économie dans son ensemble. Ces conflits entre la protection des concurrents et la promotion de l'efficience devraient être résolus en cour, devant le Tribunal ou au moyen d'une réforme législative.

Il faut reconnaître que le recours à des poursuites judiciaires ne constitue pas un moyen très efficace de protéger la concurrence[284], de mettre au jour des problèmes de droit ou de clarifier le fonctionnement de la loi. Il importe de reconnaître qu'un nombre accru de procès mettrait à rude épreuve les ressources du Bureau. L'incidence sur les ressources d'une augmentation des procédures officielles d'application devrait être considérée. La solution consiste peut-être à permettre l'accès privé au Tribunal, comme l'ont recommandé récemment Roach et Trebilcock[285].

Amélioration de la stratégie de communication

Le Bureau doit adopter une stratégie de communication plus efficace pour faire mieux comprendre la Loi ainsi que le rôle et les pratiques du Bureau au milieu des affaires et au public[286]. En particulier, le milieu de l'entreprise indépendante semble avoir l'impression que le Bureau n'applique pas la Loi d'une façon conforme à la promesse énoncée dans l'objet de la Loi et dans les dispositions sur les pratiques de prix. Bien que les travaux du Bureau soient devenus beaucoup plus transparents au cours des quelques dernières années, les entrevues menées pour les besoins de la présente étude ont révélé qu'il restait encore beaucoup de travail de fond à faire. En faisant la promotion d'une meilleure compréhension de son interprétation et de son analyse, le Bureau encouragerait la conformité, augmenterait la légitimité de ses activités et fournirait une base pour une discussion publique bien éclairée de l'étendue à laquelle le droit canadien de la concurrence traite de façon adéquate les comportements anticoncurrentiels en matière de prix.

Recommandations

Discrimination par les prix

1. **De façon à viser avec précision la conduite anticoncurrentielle, les règles de la concurrence portant sur la discrimination par les prix**

   a) **devraient s'appliquer**
      i) **à tous les produits, y compris les articles et les services;**
      ii) **à toutes les formes de transactions plutôt qu'aux seules ventes;**
   b) **ne devraient pas s'appliquer**
      i) **aux écarts dans les prix établis par les fournisseurs lorsqu'ils sont justifiés par des différences dans le coût des services assurés par ces fournisseurs à différents clients;**
      ii) **aux différences de prix qui ne sont qu'une stratégie temporaire ou une défense face à la concurrence;**
   c) **devraient prendre en compte**
      i) **la puissance commerciale du fournisseur, y compris la disponibilité d'autres sources d'approvisionnement;**
      ii) **les effets sur la concurrence de la discrimination par les prix.**

2. **La discrimination par les prix ne devrait pas être considérée comme une infraction pénale, mais plutôt faire l'objet d'un examen civil.**

3. **L'examen civil pourrait se faire dans le cadre de la disposition de l'article 79 relative à l'abus de position dominante, en accord avec la recommandation 1, mais il y aurait lieu d'envisager de réviser la disposition pénale de l'alinéa 50(1)*a)* portant sur la discrimination par les prix lors de la prochaine série de modifications à la *Loi sur la concurrence*.**

4. **Il faudrait réviser les lignes directrices sur la discrimination par les prix afin**

   a) **de fournir une ligne de conduite concernant l'application à la discrimination par les prix de la disposition de l'article 79 relative à l'abus de position dominante, y compris un cadre analytique pour l'évaluation de la puissance commerciale et de l'effet sur la concurrence, en vertu de l'article 79;**

   b) **de modifier l'analyse des circonstances où les concessions de prix sont jugées accessibles aux clients concurrents, de façon à se conformer davantage à la Loi en révisant l'exigence voulant que toute concession offerte à un client soit offerte à**

tous les autres;

c) de modifier l'analyse des transactions entre sociétés affiliées, des ventes à des systèmes de franchise et des escomptes sur le volume à l'échelle internationale pour refléter plus fidèlement la définition de la vente ayant cours en droit commercial.

Prix d'éviction

5. De façon à viser avec précision la conduite anticoncurrentielle, les règles de la concurrence portant sur les prix d'éviction devraient prendre en compte

a) la puissance commerciale du présumé prédateur y compris la possibilité pour le prédateur de récupérer les coûts de sa politique de bas prix;

b) la mesure dans laquelle le prédateur vend à des prix inférieurs à ses coûts;

c) la preuve d'une intention d'éviction.

6. L'établissement de prix d'éviction ne devrait pas être considéré comme une infraction pénale, mais faire l'objet d'un examen civil.

7. L'examen civil pourrait se faire dans le cadre de la disposition de l'article 79 relative à l'abus de position dominante, en accord avec la recommandation 5, mais il y aurait lieu d'envisager de réviser la disposition pénale de l'alinéa 50(1)*c)* portant sur la discrimination par les prix lors de la prochaine série de modifications à la *Loi sur la concurrence*.

8. Il faudrait réviser les lignes directrices sur les prix d'éviction afin

a) de fournir une ligne de conduite concernant l'application aux prix d'éviction de la disposition de l'article 79 relative à l'abus de position dominante, y compris un cadre analytique pour l'évaluation de la puissance commerciale et de l'effet sur la concurrence, en vertu de l'article 79;

b) d'étoffer l'analyse concernant la façon dont les entreprises peuvent créer des obstacles stratégiques à l'entrée par leur comportement, en se livrant notamment à des pratiques destinées à leur faire une réputation de prédateur, afin de refléter le courant de pensée actuel en matière économique voulant que l'on élargisse la gamme de circonstances pouvant donner lieu à des pratiques d'éviction;

c) **fournir une ligne de conduite concernant l'application des lignes directrices aux secteurs les plus touchés par une accélération du rythme de l'innovation et d'autres caractéristiques de la nouvelle économie.**

9. **Le Bureau devrait envisager d'adopter une approche plus répressive en entamant des procédures officielles d'application dans le cas de pratiques d'éviction, compte tenu des implications budgétaires et des priorités concurrentes.**

Maintien des prix

10. **De façon à viser avec précision la conduite anticoncurrentielle, les règles de la concurrence portant sur le maintien vertical des prix devraient prendre en compte**

a) **la puissance commerciale du fournisseur, y compris la disponibilité d'autres sources d'approvisionnement;**

b) **les effets du maintien des prix sur la concurrence, y compris les explications faisant valoir l'efficacité.**

11. **Le maintien vertical des prix ne devrait pas être considéré comme une infraction pénale mais plutôt faire l'objet d'en examen civil.**

12. **L'examen civil pourrait se faire dans le cadre de la disposition de l'article 79 relative à l'abus de position dominante, en accord avec la recommandation 10, mais il y aurait lieu d'envisager de remanier la disposition pénale sur la discrimination par les prix de l'article 61 lors de la prochaine série de modifications à la *Loi sur la concurrence.***

13. **Il conviendrait d'envisager d'élaborer des lignes directrices concernant l'application de l'article 79 aux cas de maintien des prix, y compris l'établissement d'un cadre analytique pour l'évaluation de la puissance commerciale et de l'effet sur la concurrence, en vertu de l'article 79.**

14. **Il conviendrait d'envisager d'élaborer des lignes directrices portant sur la relation entre la disposition pénale actuelle, soit l'article 61, telle qu'elle s'applique au maintien des prix horizontaux et l'article 45 portant sur les complots et les ententes pour réduire la concurrence.**

Recommandations générales

15. **Les conflits apparents entre la promotion de l'efficacité et la protection des concurrents, qui existent dans certains cas dans le cadre des dispositions pénales actuelles portant sur**

la discrimination par les prix, l'établissement de prix d'éviction et le maintien des prix devrait être résolu par les cours, par le Tribunal de la concurrence ou par la voie d'une réforme législative.

16. **Le Bureau devrait faire en sorte que ses lignes directrices, ses politiques et ses méthodes concernant l'application de la Loi mettent l'accent comme il se doit sur des considérations d'efficience dynamique et les caractéristiques de la nouvelle économie, y compris i) les taux élevés d'innovation, ii) la baisse des coûts marginaux qui peuvent être pratiquement nuls pour les unités supplémentaires de production, iii) le caractère éventuellement souhaitable de la domination du marché par une entreprise lorsqu'elle établit une nouvelle norme à l'échelle de l'industrie et iv) la fragilité croissante de la position dominante.**

17. **Le Bureau devrait redoubler d'efforts pour mobiliser le savoir-faire spécialisé de son personnel de façon à doter ses agents de tous les outils dont ils ont besoin pour faire des évaluations exactes et en temps opportun.**

18. **Le Bureau devrait se doter d'une stratégie de communication plus efficace afin de mieux faire comprendre les dispositions de la *Loi sur la concurrence* et ces activités concernant les pratiques anticoncurrentielles en matière de prix, dans le but d'encourager la conformité, d'améliorer la légitimité de ses activités et de fournir la base d'un débat public éclairé.**

NOTES

1. Les pratiques de marketing sont de loin celles qui font le plus souvent l'objet de plaintes faisant état d'une activité anticoncurrentielle,

2. On trouvera des statistiques détaillées à la partie III.

3. Le projet de loi C-235 a été adopté en première lecture le 6 octobre 1997 et confié au Comité permanent de l'indutrie. Le 15 avril 1999, le Comité a décidé de représenter le projet de loi à la Chambre des communes sans les articles ou le titre. Le projet de loi porte le numéro C-201 dans la deuxième session de la 36e législature.

4. L.R.C. 1985, c. C-34, comme modifié par L.R.C. 1985, c. 27 (1er suppl.) L.R.C. 1985 c. 19 (2e suppl.); L.R.C. 1985, c. 34 (3e suppl.); L.R.C. 1985, c. 1 (4e suppl.); L.R.C. 1985, c. 10 (4e suppl.); C.S.C. 1990, c. 37; S.C. 1991, c. 45, c. 46, c. 47; C.S.C. 1992, c. 1, 14; C.S.C. 1993, c. 34; C.S.C. 1995, c. 1; C.S.C. 1999, c. 2 . C'est ce qui avait été soutenu auparavant dans la jurisprudence (par exemple, *Weidman* v. *Schragge* (1912), 46 R.C.S. 1-4).

5. Cette idée a été récemment exprimée par le commissaire de la concurrence, Konrad von Finckenstein, dans ses remarques présentées au Comité de l'industrie concernant le projet de loi C-235 (Comité permanent de l'industrie, le 15 avril 1999).

6. Des compromis peuvent être également nécessaires, par exemple, entre efficacité statique et efficacité dynamique, prix peu élevés et éventail de choix, et conditions de vente actuelles par rapport aux conditions futures pour les consommateurs.

7. J.B. Dunlop, D. McQueen & M. Trebilcock, COMPETITION POLICY: A LEGAL AND ECONOMIC ANALYSIS (Toronto: Canada Law Book, 1987) p. 208.

8. Tout effort pour proposer une analyse générale des pratiques de prix anticoncurrentielles doit préciser d'abord clairement qu'il existe deux grandes traditions d'analyse (S. Martin, ADVANCED INDUSTRIAL ECONOMICS (Oxford: Blackwell, 1993)). La première repose sur des principes économiques industriels largement reconnus associés à un cadre structure-conduite-rendement, tel qu'il a évolué et a été étoffé au cours des cinquante dernières années. Cette tradition intellectuelle a mis l'accent sur les pratiques et les marchés qui ne se prêtent pas aisément à l'analyse à la lumière du modèle de concurrence des manuels classiques et sur la conception de politiques destinées à fournir en temps opportun des correctifs aux situations onéreuses sur le plan social. La seconde tradition est fondée sur l'hypothèse que le modèle de marché concurrentiel est suffisant pour expliquer le phénomène du monde réel.

Ces deux traditions ont en commun la plupart des définitions et des outils analytiques, si bien que nul n'a à prendre une décision idéologique *ex ante*. Notre approche demeurera par conséquent agnostique. Certains ont avancé que les analyses empiriques pourraient permettre d'établir une différence entre ces deux conceptions du monde. Ce n'est pas le cas. Le type d'analyse que les spécialistes en sciences sociales sont capables de produire est au mieux fondé sur un raisonnement causal pour le moins « déficient ». Malgré le caractère attrayant d'un « puissant » mode de pensée causal, comme en permet la démarche scientifique, on doit généralement se contenter des théories « faibles ». Les données empiriques demeurent très difficiles à interpréter et il serait déraisonnable de ne pas être conscient de cette lacune lorsqu'on formule des politiques.

9. On peut également parler de discrimination lorsqu'on facture le même prix à des clients à qui l'on devrait demander des prix différents, du fait qu'il est plus coûteux d'assurer le service à l'un qu'à l'autre.

10. D.W. Carlton & J. Perloff, MODERN INDUSTRIAL ORGANIZATION (New York: HarperCollins, 1990); D.F. Greer, INDUSTRIAL ORGANIZATION AND PUBLIC POLICY (New York: MacMillan, 1980).

11. D.F. Greer, INDUSTRIAL ORGANIZATION AND PUBLIC POLICY (New York: MacMillan, 1980).

12. F. G. Tiffany & J. A. Ankrom, « The competitive use of price discrimination by colleges » (1998) 24 Eastern Econ. J. 99.

13. R. Wilson, NON-LINEAR PRICING (New York: Oxford, 1993) p. 30-36.

14. D. I. Rosenbaum & M.-H. Ye, « Price Discrimination and Economics Journals » (1997) 29 Applied Econ. 1611. Dana a élaboré un modèle indiquant que les compagnies aériennes pratiquent la discrimination par les prix lorsqu'elles ont recours à des escomptes sur les achats de billets faits à l'avance (J.D. Dana, Jr., « Advance-purchase discounts and price discrimination in competitive markets » (1998) 106 J. of Political Econ. 395).

15. Cette observation a été faite par McFetridge (D.G. McFetridge, « Predatory and Discriminatory Pricing » in THE LAW AND ECONOMICS OF COMPETITION POLICY, F. Mathewson, M. Trebilcock & M. Walker, (sous la dir. de) (Vancouver: Fraser Institute, 1990), p. 74).

16. J. Slive & D. Bernhardt, « Pirated for Profit » (1998) 31 Can. J. of Econ. 886.

17. C'est ce qui pourrait se produire lorsque les consommateurs ont une faible élasticité de la demande (W.K. Viscusi, J.M. Vernon & J.E. Harrington, ECONOMICS OF REGULATION AND ANTITRUST (Cambridge: MIT Press, 1995). Cette définition de la discrimination par les prix dans un contexte statique est celle qui a cours. Elle suppose que la variété de produits est plus ou moins fixe, qu'il n'y a pas de changements techniques et qu'il n'y aura pas d'entrée de nouvelles entreprises sur le

marché, ce qui n'est guère réaliste. Dans un monde caractérisé par une constante évolution technique, par l'innovation constante de produits et par une évolution des besoins des consommateurs, l'hypothèse selon laquelle on se voit offrir le « même produit » n'est guère réaliste. Mais les conséquences sont sérieuses, lorsqu'on sort de ce monde simpliste. Ce qui peut être raisonnablement considéré comme une discrimination par les prix dans un contexte statique pourrait correspondre à une stratégie acceptable d'établissement des prix dans le processus de « destruction créatrice » de Schumpeter où la concurrence vise avant tout à acquérir une part de marché dans la phase préliminaire du cycle du produit de façon à imposer une norme (R. Brenner, « Market Power: Innovations and Antitrust » in THE LAW AND ECONOMICS OF COMPETITION POLICY, F. Mathewson, M. Trebilcock et M. Walker, (sous la dir. de)(Vancouver: Fraser Institute, 1990)). Nous reviendrons sur cette question ultérieurement.

18. Si l'on considère la discrimination d'un point de vue plus dynamique, il y a lieu d'examiner dans quelle mesure le surplus transféré à l'auteur de la discrimination pourrait être investi pour créer ultérieurement des gains en efficience dans son entreprise. S'il y a suffisamment de concurrence sur le marché, l'avantage de ces gains pourrait en fin de compte revenir aux consommateurs. Si l'auteur de la discrimination occupe une position dominante, il est probable qu'il sera plus difficile pour lui de maintenir sa position dominante sur des marchés caractérisés par des hauts niveaux d'innovation.

19. J.B. Dunlop, D. McQueen & M. Trebilcock, COMPETITION POLICY: A LEGAL AND ECONOMIC ANALYSIS (Toronto: Canada Law Book, 1987), p. 217.

20. *Ibid.*, p. 217-218.

21. Dunlop, McQueen et Trebilcock suggèrent également que les fournisseurs ont de bonnes raisons de résister aux efforts des consommateurs pour obtenir d'importants escomptes non justifiés par les coûts. Dans la mesure où ces escomptes discriminatoires en faveur d'un gros client menacent l'existence d'autres clients du fournisseur et accroissent la puissance commerciale du gros client, il n'est pas dans l'intérêt du fournisseur de céder à ce genre de pression. Accorder de tels escomptes pourrait favoriser l'établissement d'un monopsone (*ibid.*).

22. La preuve de la puissance commerciale peut être une production inférieure à celle que l'on pourrait escompter sur un marché concurrentiel. C'est ce qui s'est produit, peu importe le nombre de marchés secondaires, le comportement du coût marginal (en hausse, constant ou en baisse) et quelle que soit l'interdépendance de la demande entre marchés secondaires (R. Schmalensee, « Output and welfare implications of monopolistic third-degree price discrimination » (1981) 71 American Econ. Rev. 242; H.R. Varian, « Price discrimination and social welfare » (1985) 75 American Econ. Rev. 870; and M. Schwartz, « Third-degree price discrimination and output: generalizing a welfare result » (1990) 80 American Econ. Rev. 1259).

23. P. Milgrom & J. Roberts, « Limit Pricing and Entry under Incomplete Information » (1982) 27 Econometrica 280).

24. D.G. McFetridge, « Predatory and Discriminatory Pricing » in THE LAW AND ECONOMICS OF COMPETITION POLICY, F. Mathewson, M. Trebilcock & M. Walker, (sous la dir. de) (Vancouver: Fraser Institute, 1990), p. 75-78.

25. Le rachat, quel que soit le moment choisi, pourra faire l'objet d'un examen en application des dispositions sur les fusionnements de la *Loi sur la concurrence* (art. 91 à 103).

26. P. Bolton & D.Scharfstein, « A Theory of Predation Based on Agency Problems in Financial Contracting » (1990) 61 American Econ. Rev. 93.

27. J. Ordover & G. Saloner « Predation, Monopolization and Antitrust » in HANDBOOK OF INDUSTRIAL ORGANIZATION, R. Schmalensee et R. Willig, (sous la dir. de) (New York: Esevier Science,1989), p. 562.

28. P. Milgrom & J. Roberts, « Limit Pricing and Entry under Incomplete Information » (1982) 27 Econometrica 280; J. Roberts, « A Signaling Model of Predatory Pricing » (1986) 28 Oxford Economic Papers 75; G. Saloner, « Predation, Mergers and Incomplete Information » (1987) 18 Rand J. of Econ. 165.

29. E. Rasmussen, « Signal Jamming and Limit Pricing: A Unified Approach » Yale Law School Working Paper, 1991.

30. P. Milgrom & J. Roberts, « Limit Pricing and Entry under Incomplete Information » (1982) 27 Econometrica 280.

31. J. R. Lott, ARE PREDATORY COMMITMENTS CREDIBLE? WHO SHOULD THE COURTS BELIEVE (Chicago, University of Chicago Press, 1999), p. 28-59.

32. D.G. McFetridge, « Predatory and Discriminatory Pricing » in THE LAW AND ECONOMICS OF COMPETITION POLICY, F. Mathewson, M. Trebilcock & M. Walker, (sous la dir.de) (Vancouver: Fraser Institute, 1990), p. 83.

33. P. Areeda & D. Turner, « Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act » (1975) 88 Harvard L. Rev. 697.

34. Areeda et Turner proposent le coût variable moyen comme substitut uniquement dans la mesure où le prédateur a une surcapacité. Si le prédateur produit à pleine capacité, ils considèrent que le coût total moyen est un meilleur substitut en raison de la nécessité d'ajouter une nouvelle usine pour produire davantage. Cette distinction a été reconnue dans l'affaire *Directeur des enquêtes et recherches* c. *NutraSweet Co.* (1990), 32 C.P.R. (3d) 1 (Trib. de la conc.) comme nous l'avons analysé dans la partie II.

35. P. Joskow & A. Klevorick, « A Framework for Analysing Predatory Pricing Policy » (1979) 89 Yale L. J. 213. McFetridge is critical of this model as being unworkable in practice (D.G. McFetridge, « Predatory and Discriminatory Pricing » in THE LAW AND ECONOMICS OF COMPETITION POLICY, F. Mathewson, M. Trebilcock & M. Walker, (sous la dir. de) (Vancouver: Fraser Institute, 1990), p. 93-94).

36. D.G. McFetridge, « Predatory and Discriminatory Pricing » in THE LAW AND ECONOMICS OF COMPETITION POLICY, F. Mathewson, M. Trebilcock & M. Walker, (sous la dir. de) (Vancouver: Fraser Institute, 1990), p. 83.

37. O. Williamson, « Predatory Pricing: A Strategic and Welfare Analysis » (1977) 87 Yale L. J. 284.

38. *E.g.* R. A. Posner, ANTITRUST LAW (Chicago: University of Chicago Press, 1976). L'intention présente l'avantage de permettre des poursuites contre les personnes qui se livrent à des activités anticoncurrentielles pour des raisons non économiques, ou qui le font par manque de jugement. Cet avantage sera en grande partie atténué dans la pratique étant donné que les pratiques d'éviction non fructueuses tournent en général à l'avantage des consommateurs.

39. Miller et Pautler (1985). J. R. Lott, ARE PREDATORY COMMITMENTS CREDIBLE? WHO SHOULD THE COURTS BELIEVE (Chicago: University of Chicago Press, 1999), p. 7; R. A. Posner, ANTITRUST LAW, *ibid.*, p. 189-190. L. A. W. Hunter et S. M. Hutton affirment «... qu'il est impossible, au niveau de l'intention, d'établir une distinction entre les véritables pratiques d'éviction et celles qui ne font que favoriser la concurrence » dans « Is the Price Right? Comments on the *Predatory Pricing Enforcement Guidelines* and *Price Discrimination Enforcement Guidelines* of the Bureau of Competition Policy » (1993) 38 McGill L. J., p. 830-864.

40. M. A. Utton, « Anticompetitive Practices and the Competition Act, 1980 » University of Reading, Department of Economics Discussion Papers in Industrial Economics, Series E Vol. III (1990/1) No. 24. Une étude de la concurrence sur le marché du pétrole du Royaume-Uni réalisée en 1998 pour le compte de l'Office of Fair Trading n'a trouvé aucune preuve d'activité d'éviction, même si un grand nombre de stations-services indépendantes avaient fermé leurs portes. Office of Fair Trading, *Competition in the Supply of Petrol in the UK* (1998). L'OFT a attribué le déclin des indépendants à la concurrence acharnée des supermarchés.

41. Comme nous l'avons analysé à la partie II et à la partie III, tous ces facteurs sont présents dans le régime canadien en vigueur.

42. R. Koller, « The Myth of Predatory Pricing » (1971) 4 Antitrust Law and Economics Review 105. *Voir également* J. McGee, « Predatory Price Cutting: The Standard Oil (N.J.) Case » (1958) 1 J. of L. and Econ. 137; K. Elzinga, « Predatory Pricing: The Case of the Gunpowder Trust » (1970) 13 J. of L. and Econ. 223; L. Phlips & I. M. Moras, « The AKZO decision: a case of predatory

pricing? » (1991) 41 J. of Industrial Econ. 315.

43. M.R. Burns, « Predatory Pricing and the Acquisition Cost of Creditors » (1986) J. of Pol. Econ. 266; D Weiman & R. Levin, « Preying for Monopoly: the Case of the Southern Bell Telephone Company 1894-1912 » (1994) J. of Pol. Econ. 103.

44. T.Calvani, « Predatory Pricing and below-cost sales statutes in the United States: an analysis » (Ottawa: Bureau de la concurrence, 1999), p. 2-4.

45. F. Mathewson & R. Winter, « The Law and Economics of Vertical Restraints » in THE LAW AND ECONOMICS OF COMPETITION POLICY, F. Mathewson, M. Trebilcock & M. Walker, (sous la dir. de) (Vancouver: Fraser Institute, 1990), p. 112.

46. Le maintien des prix peut ne pas protéger un concurrent lorsque ce dernier vend quantité d'articles, dont seulement quelques-uns font l'objet du maintien des prix ou qu'on trouve sur le marché de nombreux substituts au produit vendu à prix maintenu.

47. On pourrait s'attendre à ce que cette stratégie porte rarement fruit lorsqu'un revendeur peut trouver un autre fournisseur. En pratique, cependant, les coûts associés au changement de fournisseur et les contrats d'exclusivité peuvent rendre cette solution impratiquable. Selon un agent de commerce avec qui nous avons eu une entrevue, la majorité des cas de maintien des prix dont est saisi le Bureau mettaient en cause la décision d'un concurrent.

48. Il peut y avoir des arguments non économiques militant en faveur du maintien des prix de revente. La protection des détaillants inefficaces résultant du maintien des prix peut se justifier pour des raisons politiques ou de distribution. La protection de détaillants moins efficaces utiles à des groupes particuliers (par exemple, les personnes âgées, les personnes handicapées, les personnes à faible revenu, etc.) et la protection de la petite entreprise peuvent justifier la réduction de la concurrence résultant du maintien des prix.

49. A. W. Dnes, « Resale price maintenance and antitrust policy » (1996) 3 Applied Economics Letters 107, p. 107-108. L'ampleur de cet effet sera fonction du coût de la recherche de prospects et de l'importance inhérente du service en rapport avec un produit donné. Lorsque le coût de la recherche est peu élevé et que le produit est complexe, notamment dans le cas des ordinateurs, le problème des parasites risque d'être important. F. Mathewson & R. Winter, « The Law and Economics of Vertical Restraints » in THE LAW AND ECONOMICS OF COMPETITION POLICY, F. Mathewson, M. Trebilcock & M. Walker, (sous la dir. de) (Vancouver: Fraser Institute, 1990), p. 120.

50. F. Mathewson & R. Winter, *ibid.*, p. 121-122.

51. H.P. Marvel & S. McCafferty, « The welfare effects of resale price maintenance » (1985) 28 J. of L. & Econ. 363.

52. R. Deneckere, H. Marvel & J. Peck, « Demand uncertainty and price maintenance: markdowns as destructive competition » (1997) 87 American Econ. Rev. 619.

53. R. M. Ippolito, « Resale Price Maintenance: Empirical Evidence from Litigation » (1991) 34 J. Law and Econ. 263.

54. H.P. Marvel & S. McCafferty, « The welfare effects of resale price maintenance » (1985) 28 J. of L. & Econ. 363.

55. R. M. Ippolito, « Resale Price Maintenance: Empirical Evidence from Litigation » (1991) 34 J. Law and Econ. 263.

56. Cela inclut la mise en œuvre d'un service chargé de coordonner les groupes de consultation au sein de la chaîne de production et une stratégie de coopération avec d'autres intervenants et les pouvoirs publics (voir J. de la Mothe & G. Paquet, (sous la dir. de), CHALLENGES UNMET IN THE NEW PRODUCTION OF KNOWLEDGE (Ottawa: PRIME, 1998).

57. Ce que Schumpeter appelle habituellement le rendement maximum de la production « Schumpeterian efficiency » (G. Paquet, « Evolutionary cognitive economics » (1998) 10 Information Econ. and Policy 343).

58. Selon Corley, pendant longtemps la politique de la concurrence a mis l'accent sur une analyse statique du marché. Lorsqu'on prenait en compte des changements dynamiques, « l'analyse classique mettait essentiellement l'accent sur des changements permanents qui entraînaient une rupture de l'équilibre plutôt que sur le changement continu qui caractérise l'économie de l'information ». R.D. Corley, « IP and Competition Law: Enforcement Challenges of the Information Economy », l'Association du Barreau canadien, Annual Fall Conference on Competition Law (1999), p. 11.

59. G. Dosi *et coll.*, TECHNICAL CHANGE AND ECONOMIC THEORY (Great Britain: Pinter, 1988).

60. *Voir* W. O. Sheramata, « New issues in competition policy raised by information technology industries; » J. Farrell, « The effects of antitrust and intellectual property law on compatibility and innovation; » et D. J. Teece, « The meaning of monopoly: antitrust analysis in high-technology industries » in (1998) 43 Antitrust Bulletin (pages diverses). Dans le même volume, Rubinfeld indique comment l'analyse antitrust classique peut être appliquée dans le cas des industries de réseautage dynamiques (D. L. Rubinfeld, « Antitrust enforcement in dynamic network industries » (1998) 43 Antitrust Bulletin).

61. Antitrust Division, Department of Justice, *Antitrust Guidelines for the Licensing and Acquisition of Intellectual Property* (Washington: U.S. Department of Justice, 1995).

62. J.M. Nannes, « Antitrust in an era of high-tech innovation », Address by John M. Nannes, Deputy Assistant Attorney General, Antitrust Division, U.S. Department of Justice to the National

Institute Representing High Technology Companies (Boston MA., 1998).

63. W. J. Baer, « Antitrust enforcement and high technology markets, », Allocution prononcée par W. J. Baer, directeur du Bureau of Competition of the Federal Trade Commission, devant l'Association du Barreau américain (San Francisco, 1998).

64. H. I. Wetston, « The Treatment of Co-operative R&D Activities under the *Competition Act* » (Consommation et Corporations Canada, le 4 mars 1988); R. Brenner, « Market Power: Innovations and Antitrust » in THE LAW AND ECONOMICS OF COMPETITION POLICY, F. Mathewson, M. Trebilcock & M. Walker, (sous la dir. de) (Vancouver: Fraser Institute, 1990), p. 127.

65. C. S. Goldman & J. D. Bodrug, « Antitrust Law and Innovation - Limits on Joint Research & Development and Inter-Company Communications in Canada » (1995) Canada-États-Unis L.J. 127.

66. Ottawa : Approvisionnements et Services Canada, 1995.

67. Par exemple, la courbe de l'offre est descendante.

68. J.T. Schwartz, « America's economic-technological agenda for the1990s » (1992) 121 Daedalus 139; K. Kelly, NEW RULES FOR THE NEW ECONOMY: 10 RADICAL STRATEGIES FOR A CONNECTED WORLD (New York: Penguin, 1998).

69. G. B. Richardson, « Competition, innovation and increasing returns » (1996) Danish Research Unit for Industrial Dynamics Working Paper No 96-10; G. B. Richardson, « Economic analysis, public policy and the software industry » (1997) Danish Research Unit for Industrial Dynamics Working Paper No. 97-4.

70. G. B. Richardson (1996), *ibid.*, G. B. Richardson (1997), *ibid.*; L. Soete & B. ter Weel, « Schumpeter and the knowledge-based economy: on technology and competition policy » Maastricht Economic Research Institute on Innovation and Technology Research Memoranda 99-04 (1999).

71. G.B. Richardson, *ibid.* Voir également G. Dosi, « The nature of the innovative process » in G. Dosi *et coll.*, TECHNICAL CHANGE AND ECONOMIC THEORY (Great Britain: Pinter, 1988), p. 221.

72. R.D. Corley, « IP and Competition Law: Enforcement Challenges of the Information Economy » l'Association du Barreau canadien, Annual Fall Conference on Competition Law (1999), p. 21.

73. W. Holmes, ANTITRUST HANDBOOK (New York: Boardman & Co.,1998), p. 266-268. Selon Holmes, certains se prononcent en faveur de la prise en compte de facteurs indépendants de la concurrence comme l'effet sur l'emploi et d'autres intérêts d'ordre social, mais il conclut qu'il n'y a pas unanimité concernant l'obligation à cet égard.

74. Chaque approche a ses défenseurs : Ordover et Saloner, après avoir résumé le débat concluent « les critères plus simples, plus explicites du comportement anticoncurrentiel sont ceux qu'il y a lieu de privilégier, même si, dans certains cas, ces critères seront systématiquement trop englobants ou pas assez » A. Ordover & G. Saloner, « Predation, Monopolization and Antitrust » in R. Schmalensee et R. Willig, (sous la dir. de), HANDBOOK OF INDUSTRIAL ORGANIZATION (New York: Elsevier Science, 1989), p. 580); J. Church et R. Ware « Abuse of Dominance under the 1986 Canadian Competition Act » (1998) 13 Rev. of Indust. Org. 85-129 préfèrent l'application intégrale de l'approche de la règle de la raison et concluent que la disposition de la *Loi sur la concurrence* relative à l'abus de position dominante a « joué un rôle dans la mise en œuvre du critère du bien-être social à partir d'une approche de la règle de la raison » (p. 86).

75. *Sylvania Continental T.V., Inc.* v. *GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36 (1977).

76. *General Motors of Canada* c. *City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641.

77. Ces considérations sont brièvement évoquées dans les lignes directrices du Bureau sur les fusionnements, Bulletin d'information n° 5 (Consommation et Corporations Canada, 1991), à 3.2.2.1, 3.3.2.1 et à l'annexe I(III).

78. Pour le texte intégral de toutes les dispositions de la *Loi sur la concurrence* qui sont mentionnées, se reporter à l'annexe 2.

79. Article 489A du *Code criminel*, édicté par S.C. 1935, ch. 56, art. 9, et édicté de nouveau par S.C. 1952, ch. 39, art. 11. Dans la version révisée suivante du *Code criminel*, la disposition est devenue l'art. 412 (S.C. 1953-4, ch. 51) et elle a été transférée dans la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* comme art. 33A, par S.C. 1960, ch. 45, art. 13.

80. *Rapport de la Commission royale d'enquête sur les écarts de prix* (Ottawa, Imprimeur du Roi, 1935), chapitre 2.

81. Aux États-Unis, on a conclu à l'existence d'un tel préjudice dans l'affaire *United States* v. *New York Great Atlantic & Pacific Tea Co. Inc. et coll.*, 67 F. Supp. 626 (Ill. Dist. Ct., 1946), confirmé par 173 F. 2d 79 (7th Cir., 1949).

82. *Rapport de la Commission royale d'enquête sur les écarts de prix* (Ottawa, Imprimeur du Roi, 1935), p. 270. R. J. Roberts, ROBERTS ON COMPETITION/ANTITRUST : CANADA AND THE UNITED STATES, 2e éd. (Toronto, Butterworths, 1992), p. 135.

83. En 1960, une interdiction d'accorder, à des fins de publicité ou d'affichage, des remises qui n'étaient pas offertes dans la même proportion à des acheteurs rivaux a été ajoutée à la loi parce que l'on croyait que la disposition sur la discrimination par les prix n'englobait pas cette discrimination étant donné qu'elle ne prenait pas la forme d'une concession de prix.

84. En 1977, l'al. 50(1)*c)*, c'est-à-dire la disposition sur les prix d'éviction, et l'al. 50(1)*b)*, c'est-à-dire la disposition sur la discrimination régionale par les prix, ont été modifiés de manière à s'appliquer aux « produits », ce qui englobe à la fois les marchandises et les services (L.C. 1975-76-77, ch. 76, art. 16). La disposition générale en matière de discrimination par les prix, soit l'al. 50(1)*a)*, n'a pas été modifiée. Veuillez noter aussi que l'infraction peut être commise par des personnes qui sont parties intéressées ou qui contribuent ou aident à une vente, et donc que la responsabilité pourrait être imputée à un mandataire ou courtier agissant pour le compte d'un vendeur. Les acheteurs ne sont pas responsables, mais les lignes directrices sur la discrimination par les prix indiquent qu'une responsabilité pourrait être imputée à un acheteur qui a conseillé une infraction (p. 8). Par ailleurs, si l'acheteur a une puissance commerciale, d'autres articles peuvent s'appliquer. Les ventes par voie de consignation qui sont conclues à des fins de discrimination sont interdites par l'art. 76 de la Loi.

85. *R.* c. *Hoval* (non publiée 1958), décision mentionnée dans R. J. Roberts, ROBERTS ON COMPETITION/ANTITRUST : CANADA AND THE UNITED STATES, 2e éd. (Toronto, Butterworths, 1992), p. 161.

86. Commission sur les pratiques restrictives du commerce, *Rapport concernant une enquête sur la distribution et la vente au Canada de la laine à tricoter, de patrons et d'articles connexes* (*Mary Maxim Knitting Wool*), Rapport du Directeur (1966), p. 59. La Commission a jugé que le fournisseur avait contrevenu à l'article pour avoir été négligent dans le classement de ses clients en vue de leur accorder des escomptes pour grandes quantités. Les exigences de quantité n'étaient pas clairement déterminées, les achats n'étaient pas bien suivis et aucune période n'était établie pour savoir si les exigences de quantité étaient remplies.

87. Les trois condamnations sont : *R.* c. *Simmons* (non publiée, Cour provinciale de l'Ontario (Section criminelle), 15 octobre 1984) (amende de 15 000 $ sur chacun des deux chefs, et ordonnance d'interdiction); *R.* c. *Neptune Motors*, [1986] C.C.L. 7046 (Cour de district de l'Ontario) (amende de 50 000 $); *R.* c. *Jacques Perreault* (non publiée, Cour supérieure du Québec, 16 juin 1996) (un an d'emprisonnement). D'autres affaires ont été jugées, mais n'ont pas conduit à des condamnations. Une ordonnance d'interdiction a été rendue dans l'affaire *R.* c. *Station Mont. Tremblant Lodge* (non publiée, Cour fédérale, Section de première instance, 6 avril 1989). Au moins deux affaires relevant de l'article 36 ont porté sur des allégations de discrimination par les prix : *Hurtig Publishers* c. *W.H. Smith* (1989), 99 A.R. 70 (Cour du banc de la Reine de l'Alberta); et *Acier d'Armature Rô Inc.* c. *Stelco* (1996), 69 C.P.R. (3d) 204 (Cour d'appel du Québec).

88. La disposition a été décrite comme « généralement inefficace » dans *Propositions pour une nouvelle politique de la concurrence au Canada, Deuxième étape : Modifications de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* (Ottawa, Consommation et Corporations, 1977), p. 63.

89. Davies, Ward & Beck, COMPETITION LAW OF CANADA (New York : Juris Publishing, feuilles mobiles), p. 4-4 - 4-9, L.A.W. Hunter & S.M. Hutton, « Is the Price Right : Comments on the *Predatory Pricing Enforcement Guidelines* and *Price Discrimination Enforcement Guidelines* of

the Bureau of Competition Policy » (1993) 38 McGill L. J. 830, p. 864-865 .

90. Industrie Canada (Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1992).

91. L.A.W. Hunter& S.M. Hutton, « Is the Price Right : Comments on the *Predatory Pricing Enforcement Guidelines* and *Price Discrimination Enforcement Guidelines* of the Bureau of Competition Policy » (1993) 38 McGill L. J. 830, p. 865; Davies, Ward & Beck, COMPETITION LAW OF CANADA (New York : Juris Publishing, feuilles mobiles), p. 4-6.

92. *Document de travail : Modifications à la Loi sur la concurrence* (Ottawa, Industrie Canada, 1995), p. 19-20.

93. *Rapport du Comité consultatif sur la modification de la Loi sur la concurrence* (1996), p. 29-30.

94. Discours à l'Institut canadien, Toronto, 10 mai 1996, p. 19-20.

95. *Discrimination par les prix - Lignes directrices pour l'application de la Loi*, p. 3.

96. Une remise professionnelle a été maintenue dans l'affaire *R.* c. *William E. Coutts*, [1968] 1 O.R. 550 (H.C.J.), confirmé par [1968] 1 O.R. 549 (C.A.). Dans cette affaire, l'acheteur bénéficiait de la remise parce qu'il testait sur le marché un nouveau type de carte de souhaits pour le fournisseur.

97. *R.* c. *Simmons* (non publiée, Cour provinciale de l'Ontario (Section criminelle), 15 octobre 1984).

98. L.A.W. Hunter & S.M. Hutton, « Is the Price Right : Comments on the *Predatory Pricing Enforcement Guidelines* and *Price Discrimination Enforcement Guidelines* of the Bureau of Competition Policy » (1993) 38 McGill L. J. 830, p. 853; Davies, Ward & Beck, COMPETITION LAW OF CANADA (New York : Juris Publishing, feuilles mobiles), p. 4-18 - 4-24.

99. Par exemple les par. 61(2) et 77(4).

100. La vente a été clairement définie en droit anglo-canadien depuis l'arrêt *Helby* c. *Matthews* [1895-99] All ER Rep. 821; [1895] AC 471 (H.L.). Le traitement des sociétés affiliées dans les *lignes directrices* a été critiqué dans Davies, Ward & Beck, COMPETITION LAW OF CANADA (New York : Juris Publishing, feuilles mobiles), p. 4-27 à 4-30 et L.A.W. Hunter & S.M. Hutton, « Is the Price Right? Comments on the *Predatory Pricing Enforcement Guidelines* and *Price Discrimination Enforcement Guidelines* of the Bureau of Competition Policy » (1993) 38 McGill L. J. 830, p. 851. En revanche, Roberts croit qu'un tribunal pourrait souscrire à l'interprétation du Bureau (R. J. Roberts, ROBERTS ON COMPETITION/ANTITRUST : CANADA AND THE UNITED STATES, 2e éd. (Toronto, Butterworths, 1992), p. 156).

101. L.A.W. Hunter & S.M. Hutton, *ibid,* p. 856-857 soulève cette question et s'interroge sur la logique consistant à traiter un groupe de franchisés comme une unité économique. Les intérêts peuvent diverger, par exemple lorsque le franchiseur conserve l'avantage de tout escompte fondé sur le volume du système. Les auteurs se posent des questions analogues en ce qui concerne l'acceptation, par les lignes directrices, des escomptes internationaux sur le volume qui sont accordés à la filiale canadienne d'une société multinationale en raison du volume des ventes à toutes les sociétés affiliées à la multinationale.

102. *Robinson-Patman Act*, 49 Stat. 1526 (1936), s. 3.

103. *Clayton Act*, édicté à l'origine sous la référence 38 Stat. 730 (1914), aujourd'hui 15 U.S.C. s. 13.

104. *Clayton Act*, s. 4, 14 U.S.C. s.15.

105. La compétence de la Federal Trade Commission est établie par la *Federal Trade Commission Act* (édicté à l'origine sous la référence 38 Stat. 717-721 (1914) s. 5, aujourd'hui 15 U.S.C. s. 45), qui habilite la Commission à empêcher le recours à des méthodes déloyales de concurrence influant sur le commerce. À cet égard, la Federal Trade Commission exerce des fonctions analogues à la fois à celles du Bureau de la concurrence et à celles du Tribunal de la concurrence. La Commission peut aussi obtenir un redressement auprès des tribunaux, notamment une injonction interlocutoire (s. 13(b), 15 U.S.C. s. 53(b)) lorsqu'il y a des chances pour que le bien-fondé de la demande de redressement soit finalement admis (*FTC* v. *Beatrice Foods Co.*, 587 F. 2d. 1225 (D.C. Cir., 1979)).

106. Ministère de la Justice, *Report on The Robinson-Patman Act* (janvier 1977); Discours de Donald I. Baker, Procureur général adjoint chargé de la Division antitrust du ministère de la Justice, « Robinson-Patman Revisited » (18 mars 1977).

107. F. Mathewson & R. Winter, « The Law and Economics of Vertical Restraints » in THE LAW AND ECONOMICS OF COMPETITION POLICY, F. Mathewson, M. Trebilcock & M. Walker, (sous la dir. de) (Vancouver : Fraser Institute, 1990), p. 115. Les tribunaux américains ont noté le conflit entre la *Robinson-Patman Act* et la ligne de pensée qui a cours en matière antitrust, et ils ont jugé que la Loi devrait être dans la mesure du possible interprétée d'une manière qui s'accorde avec cette ligne de pensée (par exemple *Brooke Group* v. *Brown and Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993); mais voir *Chroma Lighting* v. *GTE Products Corp.* 11 F. 2d 653 (9th Cir., 1997)).

108. Les escomptes qui sont également et véritablement accessibles à tous les concurrents ou qui sont accordés en échange d'un service sont également autorisés.

109. R. J. Roberts, ROBERTS ON COMPETITION/ANTITRUST : CANADA AND THE UNITED STATES, 2e éd. (Toronto, Butterworths, 1992), p. 139, 147, 159.

110. *U.S.* v. *U.S. Gypsum Co.* 1977 CCH Trade Cas. ¶61238 (3d. Cir., 1977).

111. Édicté à l'origine sous la référence 26 Stat. 209 (1890)s. 2, aujourd'hui 15 U.S.C. s. 2.

112. *Sherman Act* (15 U.S.C. s. 2). B. E. Hawk, UNITED STATES, COMMON MARKET AND INTERNATIONAL ANTITRUST : A COMPARATIVE GUIDE (New York : Aspen Law and Business, 1996)(Vol. 2), p. 862. La *Sherman Act* peut être appliqué civilement ou pénalement par la Division antitrust du ministère de la Justice et par la Federal Trade Commission.

113. *Traité de Rome*, 298 R.T.N.U. 11 (25 mars 1957).

114. Les numéros d'articles du *Traité de Rome* ont été modifiés par le *Traité d'Amsterdam,* entré en vigueur le 1er mai 1999. L'article 81 était auparavant l'article 85 et l'article 82 était auparavant l'article 86.

115. En vertu de l'article 81, la discrimination par les prix doit aussi affecter le commerce entre États membres.

116. L'article 82 est rédigé ainsi :

Est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci.

Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à :

a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables;

b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs;

c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence;

d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature, ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

117. *Tetra Pak II*, J.O. 1992 L72/1, [1992] 4 CMLR 551.

118. *Suiker Unie* c. *Commission*, [1975] ECR 163, 2003 [1976] 1 CMLR 295, 472; *Hoffman-La Roche*, J.O. 1976 L223/27, [1976] 2 CMLR D25 §60; *BPB Industries/British Gypsum*, dossier no T-65/89, jugement du 1er avril 1993.

119. B. E. Hawk, UNITED STATES, COMMON MARKET AND INTERNATIONAL ANTITRUST : A COMPARATIVE GUIDE (New York : Aspen Law and Business, 1996)(Vol. 2).

120. *Napier Brown/British Sugar*, J.O. 1988 L284/91.

121. D'ailleurs, la disposition est critiquée au Canada au moins depuis 1969, année où le Conseil économique du Canada a publié son *Interim Report on Competition Policy* (Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969), p. 122.

122. Une modification de la disposition relative à la discrimination par les prix, dans le dessein de permettre d'autres types de discrimination justifiée par les coûts, sous la forme de remises professionnelles, a été recommandée dans *Propositions pour une nouvelle politique de concurrence pour le Canada, deuxième étape : Modifications à la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, mars 1977* (Ottawa, Consommation et Corporations, 1977), p. 63.

123. Aux États-Unis, la règle de la justification par les coûts a été fortement critiquée. On lui a reproché d'être coûteuse et finalement impossible à appliquer. Les préoccupations américaines doivent être mises en contexte. La défense de justification par les coûts est l'un des deux seuls moyens de défense possible dans l'application des rigoureuses règles américaines sur la discrimination par les prix.

124. L'autorisation de la justification par les coûts comme moyen général de défense a été recommandée dans L.A. Skeoch & B.C. McDonald, *Évolution dynamique et responsabilité dans une économie de marché du Canada* (Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1976).

125. La *Loi sur la concurrence* n'est pas uniforme dans la manière dont elle traite l'effet anticoncurrentiel. L'article 77 renferme un critère ayant trait à l'effet sur la concurrence. L'article 75 requiert qu'une personne soit incapable de se procurer un produit de façon suffisante en raison d'une concurrence insuffisante, et l'article 80 requiert que le prix à la livraison soit appliqué par un fournisseur important ou soit très répandu dans un marché et que le client « se voit refuser un avantage qui lui serait autrement accessible ». L'article 76, qui parle de l'utilisation des ventes par voie de consignation pour instituer une discrimination par les prix, est singulier puisqu'il se trouve dans la section civile, mais ne renferme aucun critère ayant trait à l'effet sur la concurrence.

126. L.A. Skeoch & B.C. McDonald, *Évolution dynamique et responsabilité dans une économie de marché du Canada* (Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1976). Le Conseil économique du Canada est arrivé à la même conclusion dans son *Interim Report on Competition policy* (Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969).

127. B. E. Hawk, UNITED STATES, COMMON MARKET AND INTERNATIONAL ANTITRUST : A COMPARATIVE GUIDE (New York : Aspen Law and Business, 1996)(Vol. 2).

128. *Ibid.*, p. 866. Hawk pense que l'U.E. devient moins tolérante quant à la discrimination par les prix, tandis que les États-Unis deviennent plus tolérants (p. 872).

129. Corley indique que la discrimination par les prix [trad.] « peut être nécessaire pour que le développement de produits et services nouveaux socialement désirables soit économiquement faisable » (R. D. Corley, « IP and Competition Law : Enforcement Challenges of the Information Economy », présenté à l'Association du Barreau canadien, Conférence annuelle sur le droit de la concurrence (1999), p. 12)).

130. Les lignes directrices disent effectivement que, lorsqu'une entreprise dominante se livre à une discrimination par les prix dans le dessein d'empêcher ou d'entraver l'entrée d'un concurrent ou d'un éventuel concurrent, ou pour obtenir des escomptes discriminatoires de fournisseurs, l'effet étant que la concurrence est ou risque d'être sensiblement réduite, le commissaire examinera la pratique en vertu de l'art. 79 (annexe 1).

131. Dans la section 2.2 des *Discrimination par les prix - Lignes directrices pour l'application de la Loi,* il y a une mention indirecte de l'utilisation « d'autres dispositions de la *Loi sur la concurrence* » pour la solution d'un tel cas.

132. (1980), 28 O.R. (3d) 164; confirmé par (1981), 125 D.L.R. (3d) 607 (C.A.).

133. *R.* c. *Perreault* (non publiée, Cour supéreure du Québec, 16 juin 1996).

134. *R.* c. *Producers' Dairy* (1966), 50 C.P.R. (2d) 265. Dans l'arrêt *Boehringer* c. *Bristol Meyers Squibb*, [1998] J.O. No. 4007 (Q.L.) (Cour d'appel de l'Ontario), la cour, suivant la décision *Hoffman-La Roche,* a estimé que le fait d'égaler le prix d'un concurrent, même si ce prix est inférieur au prix coûtant, ne peut équivaloir à une pratique d'éviction. La cour a aussi refusé d'accorder une injonction interdisant au présumé prédateur de vendre à un prix inférieur au prix coûtant, pour le motif additionnel que les prix étaient intrinsèquement instables et que le demandeur aurait été libre de vendre à un prix inférieur au prix coûtant.

135. (1980), 28 O.R. (2d) 164, confirmé par (1981), 125 D.L.R. (3d) 607 (C.A.).

136. Cela s'accorde avec l'énoncé, dans l'affaire *Hoffman-La Roche,* selon lequel « si un article est vendu à un prix supérieur à son prix coûtant, on ne pourra jamais dire qu'il est déraisonnable » ((1980), 28 O.R. (2d) 164, p. 200 (H.C.J.), confirmé par (1981), 125 D.L.R. (3d) 607 (C.A.)). Il y a eu plusieurs affaires privées dans lesquelles ont été faites des allégations de prix d'éviction : *947101 Ontario Limited Ltd.* c. *Barrhaven Town Centre Inc. et coll.* (1995), 121 D.L.R. (4th) 748 (Cour de l'Ontario, Division générale); *Mansoor Electronics Ltd.* c. *BCE Mobile Communications Inc. et coll.* (1995), 64 C.P.R. (3d) 165 (Cour fédérale, 1ère instance); et *Boehringer* c. *Bristol Meyers Squibb*, [1998] J.O. No. 4007 (Q.L.)(Cour d'appel de l'Ontario).

137. Le caractère défensif de bas prix fixés par de présumés prédateurs a conduit à des acquittements dans plusieurs cas où le prix était supérieur au coût variable moyen : *R.* c. *Consumers Glass* (1981), 33 O.R. (2d) 228 (H.C.); *R.* c. *Producers' Dairy* (1966), 50 C.P.R. (2d) 265 (C.A de l'Ont.); *R.* c. *Ray* (non publiée, Police Court, South Burnaby, C.-B., 11 décembre 1957); *R.* c.

Howard (non publiée, Police Court, South Burnaby, C.-B., 19 mars 1958) et *R.* c. *Fairmont Plating (Alta.) Ltd. et Fairmont Industries Ltd.* (non publiée, C.S. de l'Alberta, 17 janvier 1977), cité dans Davies, Ward & Beck, COMPETITION LAW OF CANADA (New York : Juris Publishing, feuilles mobiles), p. 4-82.

138. *R.* c. *Hoffman-La Roche* (1980), 28 O.R. (2d) 164, p. 201 (H.C.J.), confirmé par (1981), 125 D.L.R. (3d) 607 (C.A.).

139. (1995), 121 D.L.R. (4th) 748 (Cour de l'Ontario, Division générale), p. 760-761.

140. *Hoffman-La Roche* (1980), 28 O.R. (2d) 164,, p. 254 (H.C.J.), confirmé par (1981), 125 D.L.R. (3d) 607 (C.A.).

141. *Ibid.*, p. 201, 204.

142. *Voir*, par exemple, *Directeur des enquêtes et recherches c. Hillsdown Holdings* (1992), 41 C.P.R. (3d) 289, p. 328-9 (Trib. de la conc.).

143. *R.* c. *Consumers Glass* (1981), 33 O.R. (2d) 228 (H.C.J.).

144. *R.* c. *Perreault* (non publiée, Cour supérieure du Québec, 16 juin 1996). Une ordonnance par consentement a été rendue dans l'affaire *R.* c. *Allen Sloman Enterprises Ltd.* (non publiée, Cour fédérale du Canada, 29 mai 1972). Une autre affaire concernant l'al. 50(1)*b)* a conduit à un acquittement : *R.* c. *Carnation* (1969), 58 C.P.R. 112 (C.A. de l'Alberta).

145. Organisation de coopération et de développement économiques, *Prix d'éviction* (Paris, OCDE, 1989), p. 82.

146. Les lignes directrices sur les fusionnements définissent le marché pertinent « comme le groupe le plus restreint de produits et la plus petite région géographique pour lesquels les vendeurs pourraient imposer et maintenir avec profit, pendant un an, une augmentation de prix relativement importante et non transitoire par rapport aux prix qui seraient vraisemblablement pratiqués en l'absence du fusionnement - si les vendeurs agissaient comme une entreprise unique (un « monopoleur hypothétique ») qui serait le seul vendeur de ces produits dans la région » (p. 9). L'application de cette norme est expliquée dans la partie 3, *Fusionnements - Lignes directrices pour l'application de la Loi.*

147. *Prix d'éviction - Lignes directrices pour l'application de la Loi,* section 2.2.1.1.

148. *Ibid.*, section 2.2.1.2.

149. Partie 4.6, p. 33-36, annexe I.

150. Davies, Ward & Beck, COMPETITION LAW OF CANADA (New York : Juris Publishing, feuilles mobiles), p. 4-85.

151. Pour que ce soit le cas, les marchés de capitaux doivent être non efficients. Autrement, tous les coûts d'entrée peuvent être financés pour autant qu'il existe un taux de rendement espéré promis qui soit en rapport avec le risque. *Voir* D.G. McFetridge, « Predatory and Discriminatory Pricing » in THE LAW AND ECONOMICS OF COMPETITION POLICY, F. Mathewson, M. Trebilcock & M. Walker, (sous la dir. de) (Vancouver : Fraser Institute, 1990).

152. Les économies d'échelle signifient que les coûts unitaires sont plus faibles à des niveaux plus élevés de production. Il y a économie de diversification lorsqu'il est meilleur marché de produire conjointement deux ou plusieurs produits plutôt que de les produire séparément. *Voir Prix d'éviction - Lignes directrices pour l'application de la Loi,* section 2.2.1.2.

153. L.A.W. Hunter & S.M. Hutton, « Is the Price Right : Comments on the *Predatory Pricing Enforcement Guidelines* and *Price Discrimination Enforcement Guidelines* of the Bureau of Competition Policy » (1993) 38 McGill L. J. 830, p. 839-810.

154. *Prix d'éviction - Lignes directrices pour l'application de la Loi*, section 2.2.1.2. Certaines de ces pratiques sont susceptibles d'examen en vertu des articles 76, 77 et 79 de la *Loi sur la concurrence*.

155. *Hoffman-La Roche* (1980), 28 O.R. (2d) 164,, p. 197 (H.C.J.), confirmé par (1981), 125 D.L.R. (3d) 607 (C.A.).

156. Dans l'arrêt *Upper Lakes Group Inc.* c. *Office national des transports* (1995), 62 C.P.R. (3d) 167 (C.A.F.), une décision où l'on interprète une disposition de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*, L.R.C. 1985, ch. 28 (3e suppl.), semblable à l'al. 50(1)*c)*, la Cour fédérale a confirmé la décision de l'Office national des transports selon laquelle les tarifs du CN n'étaient pas abusivement bas puisqu'il n'y avait aucune perspective de récupération.

157. *Prix d'éviction - Lignes directrices pour l'application de la Loi,* section 2.2.2.

158. *Ibid.*

159. *R.* c. *Consumers Glass* (1981), 33 O.R. (2d) 228 (H.C.J.). Une capacité excédentaire est également reconnue par l'OCDE comme un facteur justifiant des prix dans la zone grise, Organisation de coopération et de développement économiques, *Prix d'éviction - Lignes directrices pour l'application de la Loi* (Paris, OCDE 1989), p. 82-83.

160. *Prix d'éviction - Lignes directrices pour l'application de la Loi,* section 2.2.2.

161. L.A. Skeoch & B C. McDonald, *Évolution dynamique et responsabilité dans une économie de marché au Canada* (Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1976), p. 218-219.

162. *Prix d'éviction - Lignes directrices pour l'application de la Loi,* section 2.2.2.

163. L.A.W. Hunter & S.M. Hutton, « Is the Price Right? Comments on the *Predatory Pricing Enforcement Guidelines* and *Price Discrimination Enforcement Guidelines* of the Bureau of Competition Policy » (1993) 38 McGill L. J. 830, p. 854.

164. Davies, Ward & Beck, COMPETITION LAW OF CANADA (New York : Juris Publishing, looseleaf), p. 4-89 - 4-91 donne des exemples de formulation extraits de l'affaire *Hoffman-La Roche* indiquant une concurrence agressive par opposition à une pratique d'éviction. Sur la difficulté d'évaluer l'intention à partir de déclarations faites, voir J. R. Lott, ARE PREDATORY COMMITMENTS CREDIBLE? WHO SHOULD THE COURTS BELIEVE? (Chicago : University of Chicago Press, 1999), p. 7; et *R.* c. *Consumers Glass* (1981), 33 O.R. (2d) 228 (H.C.J.).

165. L.A.W. Hunter & S.M. Hutton soutiennent que les lignes directrices adoptent une interprétation libérale qui s'attache au préjudice que l'article était censé corriger (« Comments on the *Predatory Pricing Enforcement Guidelines* and *Price Discrimination Enforcement Guidelines* of the Bureau of Competition Policy » (1993) 38 McGill L. J. 830, p. 836).

166. Davies, Ward & Beck, COMPETITION LAW OF CANADA (New York : Juris Publishing, feuilles mobiles), p. 4-88. Les énoncés reconnaissant la probabilité restreinte d'un écart par rapport aux conditions du critère en deux étapes sont les suivantes : « S'il semble que l'implantation ou l'expansion se produirait vraisemblablement à une échelle suffisante pour limiter la capacité du présumé prédateur de récupérer un peu plus tard ses pertes initiales, les inquiétudes du directeur seront atténuées » (2.2.1.2); « il est peu probable qu'on poursuive un examen quand la preuve suggère une intention de réduire la concurrence ou d'éliminer un concurrent mais qui n'est pas soutenue par un certain pouvoir de marché pour atteindre ces objectifs » (2.4).

167. T. Calvani « Les prix d'éviction et les lois des états sur la vente sous le prix coûtant aux États-Unis » (Ottawa, Bureau de la concurrence, 1999).

168. 881 F. 2d 1396 (7th Cir., 1989), *cert. denied* 494 U.S. 1019. Pour un bref historique de l'évolution du droit antitrust américain concernant les pratiques d'éviction, voir T. Calvani, *ibid.*

169. *Ibid.*, p. 1401.

170. *Ibid.*, p. 1401-1402.

171. *Brooke Group Ltd.* v. *Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993).

172. T. Calvani, « Les prix d'éviction et les lois des états sur la vente sous le prix coûtant aux États-Unis » (Ottawa, Bureau de la concurrence, 1999), p. 3-4; D.G. McFetridge, « Predatory and Discriminatory Pricing » dans THE LAW AND ECONOMICS OF COMPETITION POLICY, F. Mathewson, M. Trebilcock & M. Walker, (sous la dir. de) (Vancouver : Fraser Institute, 1990), p. 92.

173. W.H. Jordan, « Predatory Pricing after *Brooke Group* : The Problem of State Sales Below Cost Statutes » (1995) 44 Emory L. J. 267.

174. E. Savvides-Gellerson, « The Effect of 'Below-Cost' Selling Laws on Retail Prices of Motor Gasoline » (API Research Study 043 1987).

175. R. Johnson, « Incidence des lois interdisant les ventes à perte sur le marché de l'essence au détail aux États-Unis » (Ottawa, Bureau de la concurrence, 1999). Dans une autre étude récente réalisée par un économiste de la Federal Trade Commission, on a constaté qu'une autre forme d'intervention, les lois de démarcation, qui interdisent l'intégration des raffineurs et des détaillants, élève de 0,027 $ le prix de l'essence au gallon, réduisant ainsi la rente des consommateurs aux États-Unis de plus de 100 millions de dollars US (M.G. Vita, « Regulatory Restrictions on Vertical Integration and Control : the Competitive Impact of Gasoline Divorcement Statutes », Document de travail nº 227 (Washington : Bureau of Economics, Federal Trade Commission, 1999)). L'Ontario, le Nouveau-Brunswick, Terre-Neuve et la Colombie-Britannique ont étudié et rejeté des propositions de textes législatifs pour l'industrie de la mise en marché de l'essence. La loi de la Nouvelle-Écosse a été abrogée. Le Québec a établi un régime réglementaire pour les marges bénéficiaires sur l'essence. L'Ile-du-Prince-Edouard réglemente les prix de l'essence vendue au détail.

176. [1991] 1 ECR 3359. Cette position a été confirmée dans l'affaire *Tetra Pak II*, J.O. 1992 L72/1, [1992] 4 CMLR 551.

177. *Ibid.*, au §72. Dans un cas où le prix était inférieur au prix coûtant et où il était raisonnablement prévisible qu'un concurrent serait évincé, on a conclu à l'existence d'une pratique abusive. (*Napier Brown/British Sugar*, J.O. 1988 C284/91 (Commission).

178. L'interprétation de la Competition Act, 1980, au Royaume-Uni, suit étroitement celle qui est indiquée dans les lignes directrices (voir M. A. Utton, « Anticompetitive Practices and the Competition Act, 1980 » University of Reading, Department of Economics Discussion Papers in Industrial Economics, Series E Vol. III (1990/1) No. 24., p. 31).

179. Si les gens d'affaires sont présumés ne vouloir qu'une maximisation de l'utilité, alors la théorie économique admettra une pratique d'éviction qui ne maximise pas le profit, mais qui est exercée pour d'autres motifs, par exemple la satisfaction personnelle obtenue de l'élimination de concurrents.

180. Davies, Ward & Beck, COMPETITION LAW OF CANADA (New York : Juris Publishing, feuilles mobiles), p. 4-68. Les auteurs définissent le risque qui en résulte pour ce qui est des actions engagées en vertu de l'art. 36.

179. *Loi modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.C. 1951 (2e sess.), ch. 30, art. 1. La disposition a été légèrement révisée par S.C. 1952, ch. 39, art. 4.

180. S.C. 1960, ch. 34, art. 14.

181. On trouvera un excellent survol de l'historique législatif des dispositions en matière de maintien des prix dans Davies, Ward & Beck, COMPETITION LAW OF CANADA (New York : Juris Publishing, feuilles mobiles), p. 4-97- 4-100.

182. Lorsque la personne qui tente d'influencer la conduite de cette autre personne et cette autre personne sont des personnes morales affiliées ou ont entre elles des relations de mandant à mandataire, l'interdiction ne s'applique pas (par. 61(2) de la *Loi sur la concurrence*).

183. *R.* c. *Les Must de Cartier Can. Inc.* (1989), 27 C.P.R. (3d) 37 (Cour de district de l'Ontario).

184. *Loi sur la concurrence*, par. 61(9).

185. *R.* c. *Schelew* (1984), 78 C.P.R. (2d) 102 (C.A. du Nouveau-Brunswick).

186. *R.* c. *Sunoco* (1986), 11 C.P.R. (3d) 557 (Cour de district de l'Ontario); *R.* c. *Petrofina Can. Ltd.* (1974), 20 C.P.R. (2d) 83 (Cour de district de l'Ontario).

187. *R.* c. *Mr. Gas Limited* (non publiée, Cour de justice de l'Ontario (Division criminelle), 11 août 1995), p. 82.

188. Voir les précédents cités dans Davies, Ward & Beck, COMPETITION LAW OF CANADA (New York : Juris Publishing, feuilles mobiles), p. 4-112.

189. *R.* c. *Royal Lepage Real Estate Services Ltd.* (non publiée, Cour du banc de la Reine de l'Alberta, 24 octobre 1994).

190. *Loi sur la concurrence*, par. 61(3).

191. *Loi sur la concurrence*, par. 61(4). Aucune infraction n'est commise si le prix de revente proposé est apposé ou inscrit sur un produit ou son emballage (par. 61(5)).

192. *R.* c. *Phillips Electronics Ltd.* (1980), 30 O.R. (2d) 129 (C.A. de l'Ontario).

193. Par exemple Davies, Ward & Beck, COMPETITION LAW OF CANADA (New York : Juris Publishing, feuilles mobiles), p. 4-119 - 4-120.

194. *R.* c. *Royal Lepage Real Estate Services* (non publiée, Cour du banc de la Reine de l'Alberta, 24 octobre 1994), au par. 33.

195. *Loi sur la concurrence*, par. 61(10).

196. *R.* c. *Salomon Can. Sports Ltée* (1986), 28 C.C.C. (3d) 240, p. 247, 251 (Cour d'appel du Québec).

197. *R.* c. *William E. Coutts Co.* (1968), 67 D.L.R. (2d) 87 (C.A. de l'Ontario), p. 93. Dans cette affaire, une vente de soldes d'une durée d'une semaine organisée à deux endroits a été considérée comme suffisante pour constituer une pratique. Cette définition de « pratique » a été appliquée dans l'affaire *Directeur des enquêtes et recherches c. NutraSweet Co.* (1990), 32 C.P.R. (3d) 1 (Trib. de la conc.), une affaire qui interprète la disposition sur l'abus de position dominante, art. 79.

198. (1980), 57 C.P.R. (2d) 186 (Sessions de la paix du Québec), p. 198-199. Dans cette affaire, on a jugé également que la disposition s'appliquait uniquement au service après vente. Dans l'affaire *R.* c. *Les Must de Cartier Can. Inc.* (1989), 27 C.P.R. (3d) 37 (Cour de district de l'Ontario), la cour a jugé que le refus de vendre dans le dessein de préserver l'image de marque du produit du fournisseur était autorisé. *Voir en général* R. J. Roberts, ROBERTS ON COMPETITION/ANTITRUST : CANADA AND THE UNITED STATES, 2d ed. (Toronto, Butterworths, 1992), p. 181-4 et S. Wong, « The Law of Price Maintenance in Canada : Review and Assessment » in R. S. Khemani & W. T. Stanbury, (sous la dir. de), CANADIAN COMPETITION LAW AND POLICY AT THE CENTENARY (Halifax, Institut de recherche en politiques publiques, 1991) 339, p. 347-8.

199. Par exemple *R.* c. *Campbell* (1979), 51 C.P.R. (2d) 284 (Cour de comté de la C.-B.); et *R.* c. *Mr. Gas Limited* (non publiée, Cour de justice de l'Ontario (Division provinciale), 11 août 1996).

200. 220 U.S. 373 (1911). Les modifications apportées à la *Sherman Act* en 1937 et 1952 ont rendu légal dans la plupart des cas le maintien du prix de revente. Ces modifications ont été abrogées en 1975, et le maintien du prix de revente est alors redevenu une infraction non discrétionnaire. Le maintien du prix de revente peut également être contraire à l'art. 5 du *Federal Trade Commission Act* (15 U.S.C. s. 45) et, dans certains cas, il peut être traité comme partie d'un complot en vue d'établir un monopole, ce qui est contraire à l'art. 2 de la *Sherman Act* (15 U.S.C. s. 2).

201. *U.S.* v. *Colgate & Co.*, 250 U.S. 300 (1919).

202. *U.S.* v. *Parke, Davis & Co.*, 362 U.S. 26 (1960); *Acquaire* v. *Canada Dry Bottling Co.*, 24 F. 2d. 401 (2d Cir., 1994).

203. *United States* v. *General Electric*, 272 U.S. 476 (1926).

204. *Simpson* v. *Union Oil Co.*, 377 U.S. 13 (1964).

205. *U.S.* v. *Colgate* & Co., 250 U.S. 300 (1919).

206. 465 U.S. 752 (1984).

207. *Business Electronics Corp.* v. *Sharp Electronics Corp.* No. 85-1910 U.S.S.C. 1988.

208. F. Mathewson & R. Winter, « The Law and Economics of Vertical Restraints, » in THE LAW AND ECONOMICS OF COMPETITION POLICY, F. Mathewson, M. Trebilcock & M. Walker, (sous la dir. de) (Vancouver : Fraser Institute, 1990), p. 115-116.

209. « Opening Markets and Protecting Competition for America's Businesses and Consumers », discours d'Anne K. Bingaman, sous-procureur général, Division antitrust, Ministère de la Justice, 7 avril 1995.

210. *Italian Flat Glass*, J.O. L33 (7 décembre 1988). Dans cette affaire, la pratique du maintien des prix était le fait d'un monopole partagé.

211. *VBBB/VBVB*, J.O. 1982 L54/36.

212. *Pronuptia de Paris* c. *Irmgard Schillgalli*, [1989] ECR 353.

213. *AEG* c. *Commission*, [1983] ECR 3151.

214. F. Mathewson & R. Winter, « The Law and Economics of Resale Price Maintenance » (1998) 13 Rev. of Indust. Org. 57.

215. Dans R. T. Hughes & T. N. Patel, « Current Issues Involving the Price Maintenance Provisions of the *Competition Act* » ((1996) 17 Comp. Pol. Rec. 40), le traitement différent du maintien des prix et du refus de vendre, en ce qui concerne les défenses possibles, a été qualifié de « singulier » (p. 49).

216. T.W. Ross, « Introduction : The Evolution of Competition Law in Canada » (1998) 13 Rev. of Indust. Org. 1, p. 19.

217. S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 33. Les pratiques d'éviction faisaient partie du fondement de la condamnation de l'accusé dans l'affaire *R.* c. *Eddy Match* (1927), 109 C.C.C. 14 (C.A. du Québec).

218. *Alex Couture Inc.* c. *Canada* (1991), 38 C.P.R. (3d) 293 (C.A. du Québec), p. 324.

219. L'ancienne disposition pénale exigeait une preuve hors de tout doute raisonnable, et le Bureau n'avait jamais réussi à prouver hors de tout doute raisonnable que la réduction de la concurrence opérerait « au détriment ou à l'encontre de l'intérêt public ». La norme de preuve devant le Tribunal est la probabilité la plus forte.

220. *Loi sur la concurrence*, par. 79(2), (3) et (5).

221. *Directeur des enquêtes et recherches* c. *NutraSweet* (1990), 32 C.P.R. (3d) 1 (Trib. de la conc.), p. 9-10.

222. Dans l'affaire *Directeur des enquêtes et recherches c. Laidlaw Waste Systems Ltd.* ((1992), 20 C.P.R. (3d) 289 (Trib. de la conc.), p. 316), le Tribunal a jugé que c'est seulement la situation actuelle qui est pertinente en ce qui concerne cette enquête. Voir en général R. D. Anderson & J. Monteiro, *Market Definition in Abuse of Dominance Cases : The Pragmatic Approach of the Competition Tribunal* (1er septembre 1994). Le marché du produit devrait être déterminé à l'aide du critère de l'interchangeabilité fondé sur la sensibilité-prix de l'acheteur et adopté dans l'affaire *Directeur des enquêtes et recherches c. NutraSweet*, *ibid.*, *Laidlaw* (p. 320); *Canada* c. *D. and B. Companies* (1995), 64 C.P.R. (3d) 216 (Trib. de la conc.)(ci-après « *Nielsen* ») (p. 241), et *Canada* c. *Tele-Direct (Publications) Inc.* (1997), 73 C.P.R. 1 (Trib. de la conc.), plutôt qu'à l'aide du critère du monopoleur hypothétique utilisé dans les lignes directrices sur les fusionnements. (A. N. Campbell, MERGER LAW AND PRACTICE (Toronto, Carswell, 1997), p. 54-77). Le critère de l'interchangeabilité est une norme générale : les produits sont dans le même marché s'ils sont de proches substituts, en ce sens que de légères modifications des prix pousseraient les acheteurs à passer de l'un à l'autre. C'est un critère difficile d'application en pratique, et le Tribunal a indiqué que la question de savoir quels facteurs sont pertinents dépendra des circonstances de chaque cas (*Nielsen,* p. 241). Ce critère a été accepté par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Directeur des enquêtes et recherches c. Southam*, ([1997] 1 R.C.S. 748, p. 759-760). Puisque la preuve directe de l'interchangeabilité est rarement possible, on peut s'en remettre à la preuve indirecte telle que « les caractéristiques physiques des produits, les usages auxquels ils se prêtent et le comportement des acheteurs qui témoigne de leur désir de passer d'un produit à un autre en réponse à des changements dans les prix relatifs » (p. 760) (la Cour cite le Tribunal). La Cour suprême a jugé que la pondération des critères est une matière qui relève du pouvoir d'appréciation du Tribunal, pouvoir qui doit être exercé en fonction des faits de chaque cas (p. 781). Le critère de l'interchangeabilité a également été appliqué dans un contexte pénal, dans l'affaire *R.* c. *Clarke Transport Inc.* (1995), 64 C.P.R. (3d) 289 (Cour de l'Ontario, Division générale), p. 310-311.

223. *Directeur des enquêtes et recherches c. NutraSweet*, *ibid.* p. 10. Dans l'affaire *Directeur des enquêtes et recherches c. Laidlaw Waste Systems Ltd.*, *ibid.*, le Tribunal a tenu compte des agissements anticoncurrentiels pour savoir s'il existait une puissance commerciale.

224. *Directeur des enquêtes et recherches c. Laidlaw Waste Systems Ltd.*, *ibid.*, p. 325; *Directeur des enquêtes et recherches c. NutraSweet*, *ibid.*, p. 28; *Canada* c. *Tele-Direct (Publications) Inc.* (1997), 73 C.P.R. 1 (Trib. de la conc.); et *Canada* c. *D. and B. Companies* (1995), 64 C.P.R. (3d) 216 (Trib. de la conc.).

225. *Directeur des enquêtes et recherches c. NutraSweet*, *ibid.*, p. 28.

226. *Directeur des enquêtes et recherches c. Laidlaw Waste Systems Ltd.* (1992), 20 C.P.R. (3d) 289 (Trib. de la conc.), p. 325; *Canada* c. *D. and B. Companies* (1995), 64 C.P.R. (3d) 216 (Trib. de la conc.), p. 257. Dans l'affaire *Canada* c. *Tele-Direct (Publications) Inc.* (1997), 73 C.P.R. 1 (Trib. de la conc.), p. 85, cependant, on a jugé que l'absence d'obstacles à l'entrée signifiera que les entreprises dominantes ne peuvent exercer une puissance commerciale. Il en découle que les

obstacles à l'entrée devraient toujours être considérés comme l'un des préalables à une *réelle* puissance commerciale. Aucun autre type de puissance commerciale n'est pertinent.

227. *Directeur des enquêtes et recherches c. NutraSweet* (1990), 32 C.P.R. (3d) 1 (Trib. de la conc.), p. 9-10. (95 %); *Directeur des enquêtes et recherches c. Laidlaw Waste Systems Ltd.*, *ibid.* (87 %); *Canada* c. *D. and B. Companies, ibid.* (100 %); *Canada* c. *Tele-Direct (Publications) Inc, ibid.* (96 %).

228. (Ottawa, Industrie Canada, 1991), section 4.2.1.

229. *Directeur des enquêtes et recherches c. NutraSweet* (1990), 32 C.P.R. (3d) 1 (Trib. de la conc.); *Directeur des enquêtes et recherches c. Laidlaw Waste Systems Ltd.* (1992), 20 C.P.R. (3d) 289 (Trib. de la conc.); *Canada* c. *D. and B. Companies* (1995), 64 C.P.R. (3d) 216 (Trib. de la conc.).

230. *Directeur des enquêtes et recherches c. L aidlaw Waste Systems Ltd.*, *ibid.*, p. 325.

231. Par exemple *Directeur des enquêtes et recherches c. NutraSweet* (1990), 32 C.P.R. (3d) 1 (Trib. de la conc.), *Directeur des enquêtes et recherches c. Laidlaw Waste Systems Ltd., ibid.*, *Canada* c. *D. and B. Companies* (1995), 64 C.P.R. (3d) 216 (Trib. de la conc.); *Canada* c. *Tele-Direct (Publications) Inc.* (1997), 73 C.P.R. 1 (Trib. de la conc.).

232. La preuve de l'intention peut cependant être considérée : *Directeur des enquêtes et recherches c. Laidlaw Waste Systems Ltd.*, *ibid.*

233. *Directeur des enquêtes et recherches c. NutraSweet* (1990), 32 C.P.R. (3d) 1 (Trib. de la conc.), p. 57.

234. *Directeur des enquêtes et recherches c. Laidlaw Waste Systems Ltd.* (1992), 20 C.P.R. (3d) 289 (Trib. de la conc.), p. 332, 343, et *Canada* c. *D. and B. Companies* (1995), 64 C.P.R. (3d) 216 (Trib. de la conc.), p. 257.

235. *Directeur des enquêtes et recherches c. Laidlaw Waste Systems Ltd.* (1992), 20 C.P.R. (3d) 289 (Trib. de la conc.).

236. *Canada c. D. and B. Companies* (1995), 64 C.P.R. (3d) 216 (Trib. de la conc.), p. 270-271; *Canada* c. *Tele-Direct (Publications) Inc.* (1997), 73 C.P.R. 1 (Trib. de la conc.), p. 235.

237. *Directeur des enquêtes et recherches c. NutraSweet* (1990), 32 C.P.R. (3d) 1 (Trib. de la conc.), p. 35.

238. *Directeur des enquêtes et recherches c. NutraSweet*, *ibid.*, p. 47.

239. *Canada c. D. and B. Companies* (1995), 64 C.P.R. (3d) 216 (Trib. de la conc.), p. 267.

240. *Ibid.*, p. 266; *Directeur des enquêtes et recherches c. NutraSweet* (1990), 32 C.P.R. (3d) 1 (Trib. de la conc.), p. 47.

241. *Canada* c. *D. and B. Companies*, *ibid.*; *Directeur des enquêtes et recherches c. NutraSweet*, *ibid.*

242. Les défenses fondées sur l'efficacité n'ont pas été acceptées dans l'affaire *NutraSweet*, *ibid.*, apparemment en raison de la forte preuve d'une intention d'exclusion (p. 68-69, 90). Cet aspect de la décision est critiqué dans J. Church & R. Ware, « Abuse of Dominance under the 1986 Canadian Competition Act » ((1998) 13 Rev. of Indus. Org. 85, p. 103-104). Plusieurs commentateurs ont indiqué que le résultat de la décision est que, si une entreprise est dominante et se livre à des pratiques commerciales légitimes, qui se trouvent à avoir un effet d'exclusion, elle peut engager sa responsabilité selon la disposition relative à l'abus de position dominante. B. M. Graham, « Abuse of Dominance - Recent Case Law : *NutraSweet* and *Laidlaw* » (1993) 38 McGill L. J. 800; J. Musgrove, « Use and Abuse of Dominant Position : A Brief Review of *NutraSweet*, *Laidlaw*, et *Nielsen* » (1995) 16 Canadian Comp. Pol. Rec. 52.

243. *Directeur des enquêtes et recherches c. NutraSweet*, *ibid.*, p. 51-52.

244. *Canada c. D. and B. Companies* (1995), 64 C.P.R. (3d) 216 (Trib. de la conc.); *Canada* c. *Tele-Direct (Publications) Inc.* (1997), 73 C.P.R. 1 (Trib. de la conc.).

245. *Ibid.*, p. 73-78.

246. La compression selon l'al. 78(1)*a)* a été alléguée, mais non constatée dans l'affaire *Canada* c. *Tele-Direct (Publications) Inc.* (1997), 73 C.P.R. 1 (Trib. de la conc.). Ce fut aussi le principal agissement anticoncurrentiel allégué dans l'affaire de l'accès ultrarapide à Internet, une enquête récemment abandonnée par le commissaire. McFetridge croit qu'il est possible d'interpréter l'al. 78(i) comme une disposition exprimant une norme qui est transgressée lorsqu'un vendeur intégré vend au détail à un prix inférieur à son prix de vente en gros majoré des frais de transport (D.G. McFetridge, « Predatory and Discriminatory Pricing » in THE LAW AND ECONOMICS OF COMPETITION POLICY, F. Mathewson, M. Trebilcock & M. Walker, (sous la dir. de) (Vancouver : Fraser Institute, 1990), p. 92-93).

247. L'application de la norme Areeda-Turner pour savoir s'il y a eu compression selon l'art. 79 avait été proposée par la Commission sur les pratiques restrictives du commerce (Commission sur les pratiques restrictives du commerce (1987)) dans le contexte de la vente à un détaillant par un fournisseur d'essence verticalement intégré.

248. *Canada* c. *Tele-Direct (Publications) Inc.* (1997), 73 C.P.R. 1 (Trib. de la conc.).

249. *U.S.* v. *Aluminum Co. of America*, 148 F. 2d 416 (2nd Cir. 1945).

250. *Aspen Skiing Co.* v. *Aspen Highlands Skiing Corp.* 472 U.S. 585 (1985), p. 602, 605.

251. W. Holmes, ANTITRUST HANDBOOK (New York : Boardman & Co., 1998), p. 404-447.

252. *Hoffman-La Roche* c. *Commission*, [1979] ECR 461. Hawk croit qu'elle est plus large et plus vague que la norme américaine décrite ci-dessus (B. E. Hawk, UNITED STATES, COMMON MARKET AND INTERNATIONAL ANTITRUST : A COMPARATIVE GUIDE (New York : Aspen Law and Business, 1996) (Vol. 2), p. 797-799).

253. Goldman et Witterick croient qu'il sera difficile d'appliquer la notion d'abus à des pratiques verticales, en raison du critère de l'effet sur la concurrence (Abus de position dominante et monopolisation, OCDE/GD (96) 131, Tables rondes nº 8 sur la politique de concurrence, Contribution du CCFI, L'abus de position dominante selon la *Loi sur la concurrence* du Canada, p. 4).

254. L'alinéa 79(1)*c)* ne parle que de l'effet sur la concurrence dans « un marché ».

255. J. Musgrove, « Use and Abuse of Dominance : A Brief Review after *NutraSweet*, *Laidlaw* and *Nielsen* » (1995) 16 Comp. Policy Rec. 52.

256. *Directeur des enquêtes et recherches c. Laidlaw Waste Systems Ltd.* (1992), 20 C.P.R. (3d) 289 (Trib. de la conc.).

257. Dans l'arrêt *Boehringer* c. *Bristol Meyers Squibb* ([1998] J.O. no 4007 (Q.L.)(C.A.)), la cour, suivant l'affaire *Hoffman-La Roche*, a jugé que le fait d'égaler le prix d'un concurrent, même s'il est inférieur au prix coûtant, ne peut être une pratique d'éviction. La cour a aussi refusé d'accorder une injonction interdisant au prétendu prédateur de vendre à un prix inférieur au prix coûtant, pour le motif additionnel que les prix étaient intrinsèquement instables et que le demandeur aurait été libre de vendre à un prix inférieur au prix coûtant.

258. Nous nous en sommes tenus aux plaintes déposées et résolues pendant la période d'examen.

259. *Loi sur la concurrence*, art. 11.

260. *Loi sur la concurrence*, art. 15.

261. *Loi sur la concurrence*, partie VIII.

262. *Loi sur la concurrence*, par. 10(1).

263. *Loi sur la concurrence*, par. 23(1).

264. *Loi sur la concurrence*, par. 23(2).

265. Le commissaire ne doit pas nécessairement avoir ouvert une enquête pour introduire une demande auprès d'un tribunal, mais c'est habituellement le cas. Outre la mesure corrective qui peut être obtenu en vertu de chaque disposition civile et pénale, la *Loi sur la concurrence* renferme des dispositions générales prévoyant des mesures correctives provisoires (art. 33, par. 34[2] et art. 104).

266. *Loi sur la concurrence*, par. 23(2).

267. W. T. Stanbury. « Expanding Responsibilities and Declining Resources: The Strategic Responses of the Competition Bureau », 13 Rev. of Indust. Org. 205, 1998, p. 228. Stanbury donne d'autres explications concernant cette tendance (p. 228-230).

268. W. T. Stanbury, *ibid.*.

269. Cet aperçu présente certaines limites inhérentes. Dans certains cas, on a reçu plusieurs plaintes, mais elles n'ont pas toutes été consignées séparément dans le dépisteur et peuvent avoir fait l'objet d'un seul projet. Ainsi, on a reçu plus d'une centaine de plaintes à l'égard du secteur des vitres d'automobiles, mais elles ont été consignées dans un seul dossier de projet.

270. W. T. Stanbury. « Expanding Responsibilities and Declining Resources: The Strategic Responses of the Competition Bureau », 13 Rev. of Indust. Org. 2, 1998.

271. Entre 1978-1979 et 1995-1996, le budget de fonctionnement du Bureau a augmenté légèrement, passant de 16,7 à 17,5 millions de dollars en termes réels. Entre 1991-1992 et 1995-1996, le budget a diminué de 13,5 pour cent en termes réels. (W. T. Stanbury, *ibid.*, p. 211-212.) Stanbury fait également remarquer que le coût des principaux intrants, comme l'embauche d'experts, a augmenté et que les contestations en justice en vertu de la *Charte des droits et libertés* ont nécessité des ressources.

272. Les explications sont diverses, comme on le mentionne dans K. Roach et M. Trebilcock, « Accès privé au Tribunal de la concurrence », Industrie Canada, Ottawa, 1996, p. 22-25. *Voir également* T.W. Ross, « Introduction: The Evolution of Competition Law in Canada », 13 Rev. of Indust. Org. 1, 1998, p. 17.

273. J.B. Musgrove. « Remedies for Reviewable Conduct: Adjusting the Balance », 16 Can. Comp. Pol. Record. 34, 1995, p. 45. *Mais voir* L. A. W. Hunter, S. M. Hutton. « Is the Price Right: Comments on the *Predatory Pricing Enforcement Guidelines* and *Price Discrimination Enforcement Guidelines* of the Bureau of Competition Policy », 38 McGill L. J., 1993, p. 830.

274. Les activités de conformité volontaire sont résumées dans W. T. Stanbury, « Expanding Responsibilities and Declining Resources: The Strategic Responses of the Competition Bureau », 13 Rev. of Indust. Org. 201, 1998, p. 216-221.

275. Il existe un problème pratique d'application dans les cas de prix d'éviction : la mesure corrective sous la forme de condamnations au criminel ou d'une requête acceptée par le Tribunal ne seront généralement pas accordée en temps opportun. Par conséquent, dans certains cas de prix d'éviction, la victime ne survivra pas pour voir l'issue de la procédure. La victime peut faire faillite ou être rachetée par le prédateur. On retrouve des exemples de ces deux situations dans les enquêtes sur les pratiques d'éviction menées par le Bureau pendant la période d'examen. Il n'existe aucune obligation technique pour la victime de participer à un dossier d'éviction. En fait, la preuve d'une faillite ou d'un rachat de la victime peuvent rendre l'accusation d'éviction plus crédible. Néanmoins, en pratique, il est difficile de donner suite à un dossier sans l'aide active du plaignant. Bien qu'il soit possible d'obtenir une mesure corrective provisoire en vertu de la Loi dans les affaires pénales et civiles, cela ne s'est pas révélé une solution de rechange utile dans ces situations.

276. À l'article 75, le critère pertinent est le suivant : « une personne est sensiblement gênée dans son entreprise ou ne peut exploiter une entreprise du fait qu'elle est incapable de se procurer un produit de façon suffisante, où que ce soit sur un marché, aux conditions de commerce normales... »

277. Les interventions étaient importantes dans l'audience sur l'ordonnance par consentement rendue par le Tribunal de la concurrence dans l'affaire Interac (*Directeur des enquêtes et recherches c. Banque de Montréal,* [1996] CCTD, nº11 (QL) (ordonnance par consentement); [1996] CCTD, no12 (QL) (motifs); et [1996] CCTD, nº1 (QL) (motifs et ordonnance accordant l'autorisation d'intervenir).

278. On a allégué une discrimination dans les ventes à des sociétés affiliées dans le cas d'industries à double distribution, par exemple.

279. F.M. Scherer dans « Some Last Words on Predatory Pricing » (1975-1976) 89 Harv. L. Rev. 901, p. 903) a indiqué qu'une approche comme celle préconisée actuellement par le Bureau était « impossible à appliquer dans la pratique ».

280. La plupart de ces commentaires s'appliquent également à la discrimination géographique par les prix en vertu de l'alinéa 50(1)*b)*.

281. La rédaction d'une nouvelle disposition relative aux prix d'éviction constitue un exercice plus difficile, mais qui a de plus grandes chances de donner lieu à un régime prévisible et efficace. Les éléments de cette nouvelle disposition pourraient inclure, comme autre fondement de la responsabilité, certains types de conduites d'une entreprise qui détient une puissance commerciale. Les éléments même d'une nouvelle disposition de ce genre, en particulier certains agissements propres aux pratiques d'éviction, pourraient uniquement être déterminés en consultation avec les intervenants.

282. Le même commentaire a été formulé par rapport à la loi britannique sur la concurrence par M. A. Utton, dans « Anticompetitive Practices and the Competition Act, 1980 » University of Reading, Department of Economics Discussion Papers in Industrial Economics, série E, vol. III, nº 24, 1990/1,

p. 41).

283. Avant les modifications de 1986 à la *Loi sur la concurrence*, la Commission sur les pratiques restrictives du commerce a assumé son rôle dans une certaine mesure en effectuant des études sur l'industrie.

284. L'un des problèmes pratiques dans les cas d'éviction a trait au fait que la mesure corrective sous la forme d'une condamnation par un tribunal pénal ou d'une demande acceptée par le Tribunal ne peut généralement pas être obtenue en temps opportun. Par conséquent, dans certains cas de pratiques d'éviction, la victime ne survivra pas jusqu'à l'issue de la procédure. La victime peut faire faillite ou être rachetée par le prédateur. On a relevé des exemples de ces deux situations dans des enquêtes sur des pratiques d'éviction menées à bien par le Bureau pendant la période d'examen. Il n'existe aucune obligation technique pour la victime de participer à un cas de pratique d'éviction. En effet, la preuve d'une faillite ou d'un rachat de la victime rendra probablement une accusation de pratique d'éviction plus crédible. Cependant, dans les faits, il est difficile de donner suite à une affaire sans l'aide active du plaignant. Bien qu'il soit possible d'obtenir une mesure corrective provisoire en vertu de la Loi dans les affaires pénales et civiles, ceci ne s'est pas révélé une solution efficace dans ces situations.

285. K. Roach et M. Trebilcock. « Private Party Access to the Competition Tribunal », Industrie Canada, Ottawa, 1996. L'accès aux tribunaux par des parties privées a donné lieu à une législation antitrust bien plus robuste aux États-Unis.

286. On pourrait peut-être envisager, par exemple, de mettre en place une unité de la petite entreprise. En Australie, il existe un protecteur de la petite entreprise.

Annexes

Annexe 1

TERMES DE RÉFÉRENCE DE L'EXAMEN

L'examen porte sur les dispositions de la *Loi sur la concurrence* relatives aux pratiques anticoncurrentielles en matière de prix adoptées par des fournisseurs et de puissants concurrents ainsi que sur les méthodes et les procédures mises en place par le Bureau de la concurrence concernant ces dispositions. Les dispositions faisant l'objet de l'examen sont celles qui se rapportent aux prix d'éviction, à la discrimination par les prix et au maintien des prix et, dans la mesure où il s'exerce en matière de prix, l'abus de position dominante. Ces dispositions sont stipulées au paragraphe 50(1), et aux articles 61 et 79 de la *Loi sur la concurrence*.

L'examen portera en particulier sur les quatre domaines suivants :

1. Les dispositions de la *Loi sur la concurrence* sont-elles adéquates, à la lumière des forces économiques actuelles?

2. En ce qui a trait à l'interprétation de ces dispositions par le Bureau :
   (a) l'interprétation du Bureau est-elle adéquate?
   (b) l'interprétation du Bureau est-elle conforme à la pratique internationale?
   (c) les lignes directrices d'application du Bureau (par. 50(1)) sont-elles adéquates?
   (d) est-il nécessaire de prévoir d'autres lignes directrices d'application?

3. Les méthodes, procédures et lignes directrices du Bureau ont-elles conduit à une administration et à une mise en application satisfaisantes de ces dispositions?

4. Les critères de sélection des dossiers du Bureau sont-ils suffisants pour qu'un nombre adéquat de dossiers donne lieu à des poursuites?

Annexe 2

DISPOSITIONS PERTINENTES DE LA *LOI SUR LA CONCURRENCE*

Article 1.1

Objet

1.1 La présente loi a pour objet de préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l'adaptabilité et l'efficience de l'économie canadienne, d'améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux tout en tenant simultanément compte du rôle de la concurrence étrangère au Canada, d'assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne, de même que dans le but d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits.

Article 50

Pratiques commerciales illégales

50. (1) Commet un acte criminel et encourt un emprisonnement maximal de deux ans toute personne qui, s'adonnant à une entreprise, selon le cas :

a) est partie intéressée ou contribue, ou aide, à une vente qui est, à sa connaissance, directement ou indirectement, discriminatoire à l'endroit de concurrents d'un acheteur d'articles de cette personne en ce qu'un escompte, un rabais, une remise, une concession de prix ou un autre avantage est accordé à l'acheteur au-delà et en sus de tout escompte, rabais, remise, concession de prix ou autre avantage accessible à ces concurrents au moment où les articles sont vendus à cet acheteur, à l'égard d'une vente d'articles de qualité et de quantité similaires;

b) se livre à une politique de vente de produits, dans quelque région du Canada, à des prix inférieurs à ceux qu'elle exige ailleurs au Canada, cette politique ayant pour effet ou tendance de réduire sensiblement la concurrence ou d'éliminer dans une large mesure un concurrent dans cette partie du Canada ou étant destinée à avoir un semblable effet;

c) se livre à une politique de vente de produits à des prix déraisonnablement bas, cette politique ayant pour effet ou tendance de sensiblement réduire la concurrence, ou étant destinée à avoir un semblable effet.

Défense

(2) Le fait d'être partie intéressée, de contribuer ou d'aider à toute vente mentionnée à l'alinéa (1)*a)* ne constitue pas une infraction visée à cet alinéa, sauf si l'escompte, le rabais, la remise, la concession de prix ou autre avantage accordé dans les conditions prévues à cet alinéa l'a été dans le cadre d'une pratique discriminatoire.

Exception pour les coopératives

(3) L'alinéa (1)*a)* n'a pas pour effet d'interdire à une association coopérative, une caisse de crédit, une caisse populaire ou une société coopérative de crédit de remettre, totalement ou en partie, le surplus net découlant de ses opérations à ses membres, fournisseurs ou clients, en proportion des acquisitions ou fournitures d'articles faites à ces derniers.

Article 51

Définition de « remise »

51. (1) Au présent article, « remise » s'entend de tout escompte, rabais, concession de prix ou autre avantage qui est offert ou accordé, ou réputé l'être, à des fins de réclame ou de publicité et est accessoire à une ou des ventes de produits, mais qui n'est pas appliqué directement au prix de vente.

Octroi de remise interdit sauf à des conditions proportionnées

(2) Toute personne qui, se livrant à une entreprise, est partie intéressée ou contribue à l'octroi d'une remise à un acheteur, non offerte à des conditions proportionnées à d'autres acheteurs faisant concurrence à l'acheteur en premier lieu mentionné, appelés au présent article « acheteurs concurrents », commet un acte criminel et encourt un emprisonnement maximal de deux ans.

Définition des conditions proportionnées

(3) Pour l'application du présent article, une remise n'est offerte à des conditions proportionnées que si, à la fois :

a) il existe entre la remise offerte à un acheteur et la valeur des ventes à ce dernier un rapport approximativement le même qu'entre la remise offerte à chaque acheteur concurrent et la valeur totale des ventes à celui-ci;

b) dans un cas où l'on exige une réclame ou d'autres dépenses ou services en retour de la remise, le coût qu'en doit supporter un acheteur représente approximativement, par rapport à la valeur des ventes qui lui ont été faites, la même proportion que le coût de cette réclame ou de ces autres dépenses ou services à supporter par chaque acheteur concurrent représente au regard de la valeur totale des ventes à cet acheteur concurrent;

c) dans un cas où l'on exige des services en retour de cette remise, les exigences à cet égard tiennent compte des genres de services que les acheteurs concurrents à des niveaux de distribution semblables ou différents sont ordinairement capables de fournir ou de faire fournir.

Article 61

Maintien des prix

61. (1) Quiconque exploite une entreprise de production ou de fourniture d'un produit, offre du crédit, au moyen de cartes de crédit ou, d'une façon générale, exploite une entreprise dans le domaine des cartes de crédit, ou détient les droits et privilèges exclusifs que confère un brevet, une marque de commerce, un droit d'auteur, un dessin industriel enregistré ou une topographie de circuit intégré enregistrée ne peut, directement ou indirectement :

a) par entente, menace, promesse ou quelque moyen semblable, tenter de faire monter ou d'empêcher qu'on ne réduise le prix auquel une autre personne exploitant une entreprise au Canada fournit ou offre de fournir un produit ou fait de la publicité au sujet d'un produit au Canada;

b) refuser de fournir un produit à une autre personne exploitant une entreprise au Canada, ou prendre quelque autre mesure discriminatoire à l'endroit de celle-ci, en raison du régime de bas prix de celle-ci.

Exception

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas lorsque la personne qui tente d'influencer la conduite d'une autre personne et cette dernière ont entre elles des relations de mandant à mandataire ou sont des personnes morales affiliées ou des administrateurs, mandataires, dirigeants ou employés :

a) soit de la même personne morale, société de personnes ou entreprise unipersonnelle;

b) soit de personnes morales, sociétés de personnes ou entreprises unipersonnelles qui sont affiliées.

Prix de détail proposé

(3) Pour l'application du présent article, le fait, pour le producteur ou le fournisseur d'un produit, de

proposer pour ce produit un prix de revente ou un prix de revente minimal, quelle que soit la façon de déterminer ce prix, lorsqu'il n'est pas prouvé que le producteur ou fournisseur faisant la proposition, en la faisant, a aussi précisé à la personne à laquelle il l'a faite que cette dernière n'était nullement obligée de l'accepter et que, si elle ne l'acceptait pas, elle n'en souffrirait en aucune façon dans ses relations commerciales avec ce producteur ou fournisseur ou avec toute autre personne, constitue la preuve qu'il a tenté d'influencer, dans le sens de la proposition, la personne à laquelle il l'a faite.

Idem

(4) Pour l'application du présent article, la publication, par le fournisseur d'un produit qui n'est pas détaillant, d'une réclame mentionnant un prix de revente pour ce produit constitue une tentative à faire monter le prix de vente demandé par toute personne qui le reçoit pour le revendre, à moins que ce prix ne soit exprimé de façon à préciser à quiconque prend connaissance de la publicité que le produit peut être vendu à un prix inférieur.

Exception

(5) Les paragraphes (3) et (4) ne s'appliquent pas à un prix apposé ou inscrit sur un produit ou sur son emballage.

Refus de fournir

(6) Nul ne peut, par menace, promesse ou quelque autre moyen semblable, tenter de persuader un fournisseur, au Canada ou à l'étranger, en en faisant la condition de leurs relations commerciales, de refuser de fournir un produit à une personne donnée ou à une catégorie donnée de personnes en raison du régime de bas prix de cette personne ou catégorie.

(7) et (8) [Abrogés, L.R. (1985), ch. 19 (2e suppl.), art. 36]

Infraction et peine

(9) Quiconque contrevient aux paragraphes (1) ou (6) commet un acte criminel et encourt, sur déclaration de culpabilité, une amende à la discrétion du tribunal et un emprisonnement maximal de cinq ans, ou l'une de ces peines.

Cas où l'on ne peut tirer aucune conclusion défavorable

(10) Aucune conclusion défavorable à l'inculpé ne peut être tirée de la preuve faite au cours d'une poursuite intentée en vertu de l'alinéa (1)*b)* et indiquant qu'il a refusé de fournir un produit à une autre personne ou conseillé de le faire, s'il convainc le tribunal de ce que lui et toute personne aux dires de laquelle il s'est fié croyaient alors, pour des motifs raisonnables, que l'autre personne avait l'habitude, quant

aux produits fournis par l'inculpé :

a) de les sacrifier à des fins de publicité et non de profit;

b) de les vendre sans profit afin d'attirer les clients dans l'espoir de leur vendre d'autres produits;

c) de faire de la publicité trompeuse;

d) de ne pas assurer la qualité de service à laquelle leurs acheteurs pouvaient raisonnablement s'attendre.

Article 75

Compétence du Tribunal dans les cas de refus de vendre

75. (1) Lorsque, à la demande du commissaire, le Tribunal conclut :

a) qu'une personne est sensiblement gênée dans son entreprise ou ne peut exploiter une entreprise du fait qu'elle est incapable de se procurer un produit de façon suffisante, où que ce soit sur un marché, aux conditions de commerce normales;

b) que la personne mentionnée à l'alinéa *a)* est incapable de se procurer le produit de façon suffisante en raison de l'insuffisance de la concurrence entre les fournisseurs de ce produit sur ce marché;

c) que la personne mentionnée à l'alinéa *a)* accepte et est en mesure de respecter les conditions de commerce normales imposées par le ou les fournisseurs de ce produit;

d) que le produit est disponible en quantité amplement suffisante,

le Tribunal peut ordonner qu'un ou plusieurs fournisseurs de ce produit sur le marché en question acceptent cette personne comme client dans un délai déterminé aux conditions de commerce normales à moins que, au cours de ce délai dans le cas d'un article, les droits de douane qui lui sont applicables ne soient supprimés, réduits ou remis de façon à mettre cette personne sur un pied d'égalité avec d'autres personnes qui sont capables de se procurer l'article en quantité suffisante au Canada.

Cas où l'article est un produit distinct

(2) Pour l'application du présent article, n'est pas un produit distinct sur un marché donné l'article qui se distingue des autres articles de sa catégorie en raison uniquement de sa marque de commerce, de son nom de propriétaire ou d'une semblable particularité à moins que la position de cet article sur ce marché ne soit

à ce point dominante qu'elle nuise sensiblement à la faculté d'une personne à exploiter une entreprise se rapportant à cette catégorie d'articles si elle n'a pas accès à l'article en question.

Définition de « conditions de commerce »

(3) Pour l'application du présent article, « condition de commerce » s'entend des conditions relatives au paiement, aux quantités unitaires d'achat et aux exigences raisonnables d'ordre technique ou d'entretien.

Article 76

Ventes par voie de consignation

76. Lorsque, à la suite d'une demande du commissaire, le Tribunal conclut qu'un fournisseur d'un produit, qui le vend habituellement à des fins de revente, a introduit la pratique de la vente par voie de consignation afin :

a) soit de contrôler le prix auquel un négociant en la matière fournit le produit;

b) soit d'établir une distinction entre des consignataires ou entre des négociants auxquels il vend le produit à des fins de revente et des consignataires,

le Tribunal peut lui ordonner de cesser la pratique de la vente du produit par voie de consignation.

Exclusivité, ventes liées et limitation du marché

Article 77

Définitions

77. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

« exclusivité » "exclusive dealing"

a) Toute pratique par laquelle le fournisseur d'un produit exige d'un client, comme condition à ce qu'il lui fournisse ce produit, que ce client :

(i) soit fasse, seulement ou à titre principal, le commerce de produits fournis ou indiqués par le fournisseur ou la personne qu'il désigne,

(ii) soit s'abstienne de faire le commerce d'une catégorie ou sorte spécifiée de produits, sauf ceux qui sont fournis par le fournisseur ou la personne qu'il désigne;

b) toute pratique par laquelle le fournisseur d'un produit incite un client à se conformer à une condition énoncée au sous-alinéa *a)*(i) ou (ii) en offrant de lui fournir le produit selon les modalités et conditions plus favorables s'il convient de se conformer à une condition énoncée à l'un ou l'autre de ces sous-alinéas.

« limitation du marché » "market restriction"

« limitation du marché » La pratique qui consiste, pour le fournisseur d'un produit, à exiger d'un client, comme condition à ce qu'il lui fournisse ce produit, que ce client fournisse lui-même un produit quelconque uniquement sur le marché déterminé ou encore à exiger une pénalité de quelque sorte de ce client si ce dernier fournit un produit quelconque hors d'un marché déterminé.

« ventes liées » "tied selling"

a) Toute pratique par laquelle le fournisseur d'un produit exige d'un client, comme condition à ce qu'il lui fournisse ce produit (le produit « clef »), que ce client :

(i) soit acquière du fournisseur ou de la personne que ce dernier désigne un quelconque autre produit,

(ii) soit s'abstienne d'utiliser ou de distribuer, avec le produit clef, un autre produit qui n'est pas d'une marque ou fabrication indiquée par le fournisseur ou la personne qu'il désigne;

b) toute pratique par laquelle le fournisseur d'un produit incite un client à se conformer à une condition énoncée au sous-alinéa *a)*(i) ou (ii) en offrant de lui fournir le produit clef selon les modalités et conditions plus favorables s'il convient de se conformer à une condition énoncée à l'un ou l'autre de ces sous-alinéas.

Exclusivité ou ventes liées

(2) Lorsque le Tribunal, à la suite d'une demande du commissaire, conclut que l'exclusivité ou les ventes liées, parce que pratiquées par un fournisseur important d'un produit sur un marché ou très répandues sur un marché, auront vraisemblablement :

a) soit pour effet de faire obstacle à l'entrée ou au développement d'une firme sur un marché;

b) soit pour effet de faire obstacle au lancement d'un produit sur un marché ou à l'expansion des ventes d'un produit sur un marché;

c) soit sur un marché quelque autre effet tendant à exclure,

et qu'en conséquence la concurrence est ou sera vraisemblablement réduite sensiblement, le Tribunal peut, par ordonnance, interdire à l'ensemble ou à l'un quelconque des fournisseurs contre lesquels une ordonnance est demandée de pratiquer désormais l'exclusivité ou les ventes liées et prescrire toute autre mesure nécessaire, à son avis, pour supprimer les effets de ces activités sur le marché en question ou pour y rétablir ou y favoriser la concurrence.

Limitation du marché

(3) Lorsque le Tribunal, à la suite d'une demande du commissaire, conclut que la limitation du marché, en étant pratiquée par un important fournisseur d'un produit ou très répandue à l'égard d'un produit, réduira vraisemblablement et sensiblement la concurrence à l'égard de ce produit, le Tribunal peut, par ordonnance, interdire l'ensemble ou à l'un quelconque des fournisseurs contre lesquels une ordonnance est demandée de se livrer désormais à la limitation du marché et prescrire toute autre mesure nécessaire, à son avis, pour rétablir ou favoriser la concurrence à l'égard de ce produit.

Cas où il ne doit pas être rendu d'ordonnance; restriction quant à l'application de l'ordonnance

(4) Le Tribunal ne rend pas l'ordonnance prévue par le présent article, lorsque, à son avis :

a) l'exclusivité ou la limitation du marché est ou sera pratiquée uniquement pendant une période raisonnable pour faciliter l'entrée sur un marché soit d'un nouveau fournisseur d'un produit soit d'un nouveau produit;

b) les ventes liées qui sont pratiquées sont raisonnables compte tenu de la connexité technologique existant entre les produits qu'elles visent;

c) les ventes liées que pratique une personne exploitant une entreprise de prêt d'argent ont pour objet de mieux garantir le remboursement des prêts qu'elle consent et sont raisonnablement nécessaires à cette fin,

et aucune ordonnance rendue en vertu du présent article ne s'applique en ce qui concerne l'exclusivité, la limitation du marché ou les ventes liées entre des personnes morales, des sociétés de personnes et des entreprises unipersonnelles qui sont affiliées.

Cas où la personne morale, la société de personnes ou l'entreprise unipersonnelle est affiliée

(5) Pour l'application du paragraphe (4) :

a) une personne morale est affiliée à une autre personne morale si l'une d'elle est la filiale de l'autre, si toutes les deux sont des filiales d'une personne morale ou encore si chacune d'elles est contrôlée par la même personne;

b) si deux personnes morales sont affiliées à la même personne morale au même moment, elles sont réputées être affiliées l'une à l'autre;

c) une société de personnes ou une entreprise unipersonnelle est affiliée à une autre société de personnes, à une autre entreprise unipersonnelle ou à une personne morale si l'une ou l'autre sont contrôlées par la même personne;

d) une personne morale, société de personnes ou entreprise unipersonnelle est affiliée à une autre personne morale, société de personnes ou entreprise unipersonnelle en ce qui concerne tout accord entre elles par lequel l'une concède à l'autre le droit d'utiliser une marque ou un nom de commerce pour identifier les affaires du concessionnaire, à la condition :

(i) que ces affaires soient liées à la vente ou la distribution, conformément à un programme ou système de commercialisation prescrit en substance par le concédant, d'une multiplicité de produits obtenus de sources d'approvisionnement qui sont en concurrence et d'une multiplicité de fournisseurs,

(ii) qu'aucun produit ne soit primordial dans ces affaires.

Cas où les personnes sont réputées être affiliées

(6) Pour l'application du paragraphe (4) en ce qui concerne la limitation du marché, dans le cadre de tout accord par lequel une personne (la « première » personne) fournit ou fait fournir à une autre personne (la « seconde » personne) un ou des ingrédients que cette dernière transforme, après un apport de travail et de matériaux, en aliments ou boissons qu'elle vend sous une marque de commerce appartenant à la première personne ou dont cette dernière est l'usager inscrit, ces deux personnes sont, à l'égard de cet accord, réputées être affiliées.

Abus de position dominante

Article 78

Définition de « agissement anticoncurrentiel »

78. Pour l'application de l'article 79, « agissement anticoncurrentiel » s'entend notamment des agissements suivants :

a) la compression, par un fournisseur intégré verticalement, de la marge bénéficiaire accessible à un client non intégré qui est en concurrence avec ce fournisseur, dans les cas où cette compression a pour but d'empêcher l'entrée ou la participation accrue du client dans un marché ou encore de faire obstacle à cette entrée ou à cette participation accrue;

b) l'acquisition par un fournisseur d'un client qui serait par ailleurs accessible à un concurrent du fournisseur, ou l'acquisition par un client d'un fournisseur qui serait par ailleurs accessible à un concurrent du client, dans le but d'empêcher ce concurrent d'entrer dans un marché, dans le but de faire obstacle à cette entrée ou encore dans le but de l'éliminer d'un marché;

c) la péréquation du fret en utilisant comme base l'établissement d'un concurrent dans le but d'empêcher son entrée dans un marché ou d'y faire obstacle ou encore de l'éliminer d'un marché;

d) l'utilisation sélective et temporaire de marques de combat destinées à mettre au pas ou à éliminer un concurrent;

e) la préemption d'installations ou de ressources rares nécessaires à un concurrent pour l'exploitation d'une entreprise, dans le but de retenir ces installations ou ces ressources hors d'un marché;

f) l'achat de produits dans le but d'empêcher l'érosion des structures de prix existantes;

g) l'adoption, pour des produits, de normes incompatibles avec les produits fabriqués par une autre personne et destinées à empêcher l'entrée de cette dernière dans un marché ou à l'éliminer d'un marché;

h) le fait d'inciter un fournisseur à ne vendre uniquement ou principalement qu'à certains clients, ou à ne pas vendre à un concurrent ou encore le fait d'exiger l'une ou l'autre de ces attitudes de la part de ce fournisseur, afin d'empêcher l'entrée ou la participation accrue d'un concurrent dans un marché;

i) le fait de vendre des articles à un prix inférieur au coût d'acquisition de ces articles dans le but de discipliner ou d'éliminer un concurrent.

Article 79

Ordonnance d'interdiction dans les cas d'abus de position dominante

79. (1) Lorsque, à la suite d'une demande du commissaire, il conclut à l'existence de la situation suivante :

a) une ou plusieurs personnes contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions;

b) cette personne ou ces personnes se livrent ou se sont livrées à une pratique d'agissements anticoncurrentiels;

c) la pratique a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché,

le Tribunal peut rendre une ordonnance interdisant à ces personnes ou à l'une ou l'autre d'entre elles de se livrer à une telle pratique.

Ordonnance supplémentaire ou substitutive

(2) Dans le cas où à la suite de la demande visée au paragraphe (1) il conclut qu'une pratique d'agissements anticoncurrentiels a eu ou a pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché et qu'une ordonnance rendue aux termes du paragraphe (1) n'aura vraisemblablement pas pour effet de rétablir la concurrence dans ce marché, le Tribunal peut, en sus ou au lieu de rendre l'ordonnance prévue au paragraphe (1), rendre une ordonnance enjoignant à l'une ou l'autre ou à l'ensemble des personnes visées par la demande d'ordonnance de prendre des mesures raisonnables et nécessaires dans le but d'enrayer les effets de la pratique sur le marché en question et, notamment, de se départir d'éléments d'actif ou d'actions.

Restriction

(3) Lorsque le Tribunal rend une ordonnance en application du paragraphe (2), il le fait aux conditions qui, à son avis, ne porteront atteinte aux droits de la personne visée par cette ordonnance ou à ceux des autres personnes touchées par cette ordonnance que dans la mesure de ce qui est nécessaire à la réalisation de l'objet de l'ordonnance.

Efficience économique supérieure

(4) Pour l'application du paragraphe (1), lorsque le Tribunal décide de la question de savoir si une pratique a eu, a ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché, il doit évaluer si la pratique résulte du rendement concurrentiel supérieur.

Exception

(5) Pour l'application du présent article, un agissement résultant du seul fait de l'exercice de quelque droit ou de la jouissance de quelque intérêt découlant de la *Loi sur les brevets*, de la *Loi sur les dessins industriels*, de la *Loi sur le droit d'auteur*, de la *Loi sur les marques de commerce*, de la *Loi sur les*

topographies de circuits intégrés ou de toute autre loi fédérale relative à la propriété intellectuelle ou industrielle ne constitue pas un agissement anticoncurrentiel.

Prescription

(6) Une demande ne peut pas être présentée en application du présent article à l'égard d'une pratique d'agissements anticoncurrentiels si la pratique en question a cessé depuis plus de trois ans.

Procédures en vertu de l'article 45 ou 92

(7) Une demande ne peut être présentée en application du présent article à l'endroit d'une personne :

a) contre laquelle des procédures ont été entreprises en vertu de l'article 45;

b) contre laquelle une ordonnance est demandée en vertu de l'article 92,

si les faits qui seraient allégués dans la demande en application du présent article sont en substance les mêmes que ceux qui sont allégués dans les affaires visées à l'article 45 ou 92.

Article 80

Définition de « prix à la livraison »

80. (1) Aux fins de l'article 81, « prix à la livraison » s'entend de la pratique de refuser à un client, ou à une personne qui cherche à devenir un client, la livraison d'un article en un endroit où le fournisseur s'adonne à une pratique d'effectuer la livraison de cet article à l'un quelconque de ses autres clients aux conditions de commerce qui seraient accessibles au client qui fait l'objet du refus si son entreprise était située à cet endroit.

Définition de « conditions de commerce »

(2) Pour l'application du paragraphe (1), « condition de commerce » s'entend des conditions relatives au paiement, aux quantités unitaires d'achat et aux exigences raisonnables d'ordre technique ou d'entretien.

Article 81

Prix à la livraison

81. (1) Dans les cas où, à la suite d'une demande du commissaire, le Tribunal conclut que le prix à la

livraison est appliqué par un fournisseur important d'un article dans un marché ou qu'il est très répandu dans un marché avec la conséquence qu'un client, ou une personne désirant devenir un client, se voit refuser un avantage qui lui serait autrement accessible dans ce marché, il peut rendre une ordonnance interdisant à l'ensemble ou à l'un quelconque de ces fournisseurs d'appliquer le prix de livraison.

Exception : nécessité d'investissement en capital

(2) Le Tribunal ne rend pas d'ordonnance contre un fournisseur en application du présent article s'il conclut que ce fournisseur ne pouvait pas servir de clients supplémentaires en un lieu donné sans pour cela y engager un investissement en capital relativement important.

Exception à l'égard des marques de commerce

(3) Une ordonnance ne peut être rendue contre un fournisseur en application du présent article à l'égard d'une pratique qui consiste à refuser à un client la livraison d'un article que ce client vend en association avec une marque de commerce dont le fournisseur est propriétaire ou usager inscrit dans les cas où le Tribunal conclut que la pratique est nécessaire au maintien des normes de qualité qui se rapportent à cet article.

Annexe 3

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES ET MONOGRAPHIES

Addy, G. N. et W. L. Vanveen. *Competition Law Service*, vol. 1, Canada Law Book, Aurora, 1999.

Affleck, D. S. et K. W. McCracken. *Canadian Competition Law*, Carswell, Scarborough, 1992.

Andrews, P. W. S. et E. Brunner. *Studies in Pricing*, MacMillan, London, 1975.

Bellamy, C. et G. Child. *Common Market Law of Competition*, 4e éd., Sweet et Maxwell, London, 1993.

Campbell, A. N. *Merger Law and Practice*, Carswell, Toronto, 1997.

Carlton, D. W. et J. Perloff. *Modern Industrial Organization*, Harper Collins, New York, 1990.

Clarke, R. *Industrial Economics*, Basil Blackwell, Oxford, 1990.

Dick, A. et J. Lott. *Are government enterprises more likely to engage in predation?*, University of California Dept. of Economics, Los Angeles, 1990.

Dosi, G. et coll. *Technical Change and Economic Theory*, Pinter, London, 1988.

Dunlop, J. B., D. McQueen et M. J. Trebilcock. *Canadian Competition Policy : A Legal and Economic Analysis*, Canada Law Book, Aurora, 1987.

Flavell, C. J. M. *Canadian Competition Law — a Business Guide*, McGraw-Hill Ryerson Limited, Toronto, 1979.

Flavell, C. J. M. *Canadian Competition Law Handbook*, Carswell, Scarborough, 1997.

Goldman, C. S. et J. D. Bodrug (sous la dir. de). *Competition Law of Canada by Davies, Ward et Beck*, vol. 1 et 2, Juris Publishing, Toronto, 1998.

Gorecki, P. *Monopoly, Entry And Predatory Pricing, The Hoffman-La Roche Case*, Croom Helm, London, 1986.

Green, N. et coll. *The Legal Foundations of the Single European Market*, Oxford, New York, 1991.

Greer, D. F. *Industrial Organization and Public Policy*, MacMillan, New York, 1980.

Hawk, B. E. *UNITED STATES, Common Market and International Antitrust, A Comparative Guide*, Aspen Law and Business, New York, 1996.

Hay, D. A. et D. J. Morris. *Industrial Economics and Organization, Theory and Evidence*, Oxford, New York, 1991.

Hilkes, J. *Advertising Predation and the Areeda-Turner and Williamson Rules*, US Federal Trade Commission, Washington, 1979.

Hollander, A. *Advance Delivery Contracts, Revenue Pools and Price Discrimination*, Université de Montréal, Montréal, 1987.

Howe, W. S. *Industrial Economics, An Applied Approach*,MacMillan, London, 1978.

Hogg, P. W. *Constitutional Law of Canada*, 3e éd., Carswell, Scarsborough, 1992.

Holmes, T. J. *Price Discrimination in Imperfectly Competitive Markets*, University Microfilms International, Ann Arbor, 1987.

Holmes, W. C. *Antitrust Law Handbook 1998 Edition*, Boardman Co. Publishing, New York, 1998.

Hunter, L. A. W. *The New Competition Law*, CCH Canadian, Don Mills, 1986.

Jacquemin, A. *The New Industrial Organization, Market Forces and Strategic Behaviour*, MIT Press, Cambridge, 1987.

Jakubowski, R. *Predatory Pricing in Canada*, Bibliothèque nationale, Ottawa, 1986.

Johnson, R. N. *Incidence des lois interdisant les ventes à perte sur le marché de l'essence au détail aux États-Unis,* Bureau de la concurrence, Industrie Canada, Ottawa, 1999.

Kelly, K. *New Rules for the New Economy, 10 Radical Strategies for a Connected World*, Penguin, New York, 1998.

Kitner, E. W. *A Robinson-Patman Primer, A Businessman's Guide to the Law Against Price Discrimination*, Macmillan Co., New York, 1970.

Khemani, R. S. et W. T. Stanbury (sous la dir. de). *Canadian Competition Law and Policy at the Centenary*, The Institute for Research on Public Policy, Halifax, 1991.

Koch, J. *Industrial Organization and Prices*, Prentice-Hall, New Jersey, 1974.

Levin, R. et coll. *Survey on R&D, Appropriability and Technological Opportunity, Part 1- Appropriability*, Yale University mimeo, New Haven, 1984.

Lott, J. R. *Are Predatory Commitments Credible? Who Should the Courts Believe?*, University of Chicago Press, Chicago, 1999.

MacLeod, W. B., G. Norman et J.-F. Thisse. *Price Discrimination and Equilibrium in Monopolistic Competition*, Queen's University, Kingston, 1987.

Magwood, J. *Competition Law of Canada*, Carswell, Toronto, 1981.

Mahoney, L. *Répartition du marché au détail de l'essence : Analyse de la situation des sociétés intégrées et des indépendants au cours de la dernière décennie dans certaines villes canadiennes*, Bureau de la concurrence, Industrie Canada, Ottawa, 1999.

Martin, S. *Advanced Industrial Economics*, Blackwell, Oxford, 1993.

Martin, S. (sous la dir. de). *Competition Policies in Europe*, Elsevier, The Netherlands 1998.

Mathewson, F., M. Trebilcock et M. Walker (sous la dir. de). *The Law and Economics of Competition Policy*, Fraser Institute, Vancouver, 1990.

de la Mothe, J. et G. Paquet (sous la dir. de). *Challenges Unmet in the New Production of Knowledge*, PRIME, Ottawa, 1998.

Mueller, D. *U.S. Antitrust Policy at the Crossroads*, International Institute of Management, Berlin, 1985.

Nozick, R. S. *The 1995 Annotated Competition Act*, Carswell, Scarborough, 1994.

Organisation de coopération et de développement économique, *Prix d'éviction*, OCDE, Paris, 1989.

Patman, W. et J. T. Robinson. *Complete Guide to The Robinson-Patman Act*, Prentice-Hall, New Jersey, 1963.

Phlips, L. *The Economics of Price Discrimination*, Cambridge University Press, Cambridge, 1983.

Phlips, L. *Prix d'éviction*, Commission des communautés européennes, Bruxelles, 1987.

Pittman, R. *Predatory Investment, US v. IBM*, US Department of Justice, Economic Policy Office, Washington, 1982.

Posner, R. A. *Antitrust Law*, University of Chicago Press, Chicago, 1976.

Rasmussen, E. *Signal Jamming and Limit Pricing, A Unified Approach*, Yale Law School Working Paper, 1991.

Richardson, G. B. *Competition, Innovation and Increasing Returns*, Danish Research Unit for Industrial Dynamics Working Paper No. 96-10, 1996.

Richardson, G. B. *Economic Analysis, Public Policy and the Software Industry*, Danish Research Unit for Industrial Dynamics Working Paper No. 97-4, 1997.

Roach, K. et M. Trebilcock. *Accès privé au Tribunal de la concurrence*, Industrie Canada, Ottawa, 1996.

Roberts, J. *Roberts on Competition/Antitrust, Canada and the United States*, 2e éd., Butterworths, Toronto, 1993.

Ross, T. et Z. Chen. *Refusals to Deal, Price Discrimination and Independent Service Organizations*, Carleton University Press, Ottawa, 1993.

Salop, S. et D. Sheffman. *Cost Raising Strategies*, Federal Trade Commission, Washington, 1986.

Savvides-Gellerson, E. *The Effect of « Below-cost » Selling Laws on Retail Prices of Motor Gasoline*, API Research Study 043, 1987.

Scharfstein, D. *A Policy to Prevent Rational Predation*, Princeton University, Princeton, 1983.

Schmalensee, R. et R. Willig (sous la dir. de). *Handbook of Industrial Organization*, Elsevier Science Pub. Co., New York, 1989.

Scott-Morton, F. *Entry and Predation, British Shipping Cartels, 1879-1929*, Cambridge National Bureau of Economic Research, Cambridge, 1996.

Sen, A., Law and Economics Consulting Group. *Concurrence dans les secteurs de gros et de détail de l'industrie pétrolière canadienne : Analyse économétrique*, Bureau de la concurrence, Industrie Canada and Law and Economics Consulting Group Inc., Ottawa, 1999.

Skeoch, L. A. et B. C. McDonald. *Évolution dynamique et responsabilité dans une économie de marché du Canada,* Imprimeur de la Reine, Ottawa, 1976.

Utton, M. A. *Anticompetitive Practices and the Competition Act*, University of Reading, Department of Economics Discussion Papers in Industrial Economics, Série E, vol. III, 1990/1 nº 24,1980.

Utton, M. A. *The European Commission and Predatory Pricing*, University of Reading Dept. of Economics, England, 1989.

Viscusi, W. K., J. M. Vernon et J. E. Harrington. *Economics of Regulation and Antitrust*, MIT Press, Cambridge, 1995.

Whish, R. *Competition Law*, Butterworths, London, 1985.

Wilson, R. *Non-Linear Pricing*, Oxford, New York, 1993.

ARTICLES ET COMMUNICATIONS

Areeda, P. et D. F. Turner. « Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act », 88 Harvard L. Rev. 697, 1975.

Areeda, P. et D. F. Turner. « Williamson on predatory pricing », 87 Yale Law Journal, 1978, p. 1337-1352, .

Baer, W. J. « Antitrust enforcement and high technology markets », discours prononcé par William J. Baer, Directeur du Bureau of Competition of the Federal Trade Commission devant l'American Bar Association in San Francisco CA, 1998.

Baker, D. I. « Robinson-Patman Revisited », discours prononcé le 18 mars 1977.

Blair, R. D. et J. Fesmire. « The resale price maintenance policy dilemma », 60 Southern Economic Journal, 1994, p. 1043.

Bolton, P. et D. Scharfstein. « A Theory of Predation Based on Agency Problems in Financial Contracting », 61 American Economic Review 93, 1990.

Brennan, T. J. « Economics of resale price maintenance », 1999, Internet, http://www.antitrust.org/economics/vertical/rpm.html.

Church, J. et R. Ware. « Abuse of Dominance under the 1986 Canadian Competition Act », 13 Rev. of

Indust. Org. 85, 1998.

Corts, K. « Third-degree price discrimination in oligopoly, all-out competition and strategic commitment », 29 RAND Journal of Economics 306, 1998.

Dana, J. D., Jr. « Advance-purchase discounts and price discrimination in competitive markets », 106 Journal of Political Economy 395, 1998.

Deneckere, R., H. Marvel et J. Peck. « Demand uncertainty and price maintenance, markdowns as destructive competition », 87 The American Economic Review 619, 1997.

Dnes, A. W., « Resale price maintenance and antitrust policy », 3 Applied Economics Letters 107, 1996.

Dunlop, B. « Price Discrimination, Predatory Pricing and Systematic Delivered Pricing », Toronto, le 13 mai 1977.

Edlin, A. S. et coll. « Is perfect price discrimination really efficient?, Welfare and existence in general equilibrium », 66 Econometrica 897, 1998.

Farrell, J. « The effects of antitrust and intellectual property law on compatibility and innovation », 43 Antitrust Bulletin 609, 1998.

Goldman, C. S. et J. D. Bodrug. « Antitrust Law and Innovation - Limits on Joint Research et Development and Inter-Company Communications in Canada », Canada-United States L.J. 127, 1995.

Goldman, C. S., L.A.W. Hunter et G.N. Addy. « Competition Law, Compliance in an Aggressive Marketplace », Insight Educational Services, Toronto, 1993.

Goldman, C. S. et C. Witterick. « The Draft Price Discrimination Guidelines, New Frontiers For Pricing Practices », Institut canadien, Toronto, 1992.

Graham, B. M. « Abuse of Dominance - Recent Case Law, *Nutrasweet* and *Laidlaw* », 38 McGill L.J. 800, 1993.

Harrison, G. W. « Predatory pricing in a multiple market experiment, a note », 9 Journal of Economic Behaviour and Organization 405, 1988.

Hayden, P. R. et A. Koenig-Woodward. « The impact of price maintenance provisions on manufacturers' distribution strategies », 4 Competition Law 258, 1998.

Hughes, R. T. et T. N. Patel. « Current Issues Involving the Price Maintenance Provisions of the *Competition Act* », 17 Comp. Pol. Rec. 40, 1996.

Hutton, S. et L. Hunter. « Commentary on the Price Discrimination Enforcement Guidelines », 13 Canadian Competition Policy Record 31, 1992.

Hutton, S. et L. Hunter. « Is The Price Right? » Insight Inc. Competition Law Conference, Compliance in an Aggressive Marketplace, Toronto, le 11 mai 1993.

Hutton, S. et L. Hunter. « Is The Price Right? Comments on the Predatory Pricing Enforcement Guidelines and Price Discrimination Enforcement Guidelines of the Bureau of Competition Policy », 38 McGill Law Journal 830, 1994.

Hutton, S. et L. Hunter. « Predatory Pricing Guidelines », Institut canadien, 3rd Annual Conference on Competition Law and Competitive Business Practices , Toronto, le 8 juin 1992.

Ippolito, P. M. « Resale Price Maintenance, Empirical Evidence From Litigation », 34 Journal of Law and Economics 263,.1991.

Janda, R. et D.M. Bellemare. « The need for more vigorous *Competition Act* merger enforcement », 4 Competition Law 242, 1998.

Jordan, W. H. « Predatory Pricing after *Brooke Group*, The Problem of State « Sales Below Cost » Statute », 1995, 44 Emory L.J. 267.

Joskow, P. et A. Klevorick. « A Framework for Analysing Predatory Pricing Policy », 89 Yale L. J. 213, 1979.

Jung, W. J. et coll. « On the existence of predatory pricing, an experimental study of reputation and entry deterrence in the chain-store game », 25 RAND Journal of Economics 72, 1994.

Kennish, T. « The Price Discrimination Enforcement Guidelines », Institut canadien, Toronto, 1992.

Klevorick, A. K. « The current state of the law and economics of predatory pricing », 83 Antitrust and Industrial Organization 162, 1993.

Koller, R. « The Myth of Predatory Pricing », 4 Antitrust Law and Economics Review 105, 1971.

Layson, S. K. « Third-degree price discrimination with interdependent demands », 46 Journal of Industrial Economics 511, 1992.

LeBlanc, G. « Signalling strength, limit pricing and predatory pricing », 23 RAND Journal of Economics 493, 1992.

Marvel, H. P. et S. McCafferty. « The welfare effects of resale price maintenance », 28 Journal of Law et Economics 363, 1985.

Mathewson, F. et R. Winter. « The Law and Economics of Resale Price Maintenance », 13 Rev. of Indust. Org. 57, 1998.

McCraw, T. K. « Competition and 'fair trade', history and theory », 16 Research in Economic History 185, 1996.

McGee, J. « Predatory Price Cutting, The Standard Oil, N.J. Case », 1 J. of L. and Econ. 223, 1958.

Milgrom, P. et J. Roberts. « Limit Pricing and Entry Under Incomplete Information », 27 Econometrica 280, 1982.

Musgrove, J. « Use and Abuse of Dominant Position, A Brief Review of *Nutrasweet*, *Laidlaw*, and *Nielsen* », 16 Canadian Comp. Pol. Rec. 52, 1995.

Nannes, J. M., U.S. Department of Justice. « Antitrust in an era of high-tech innovation », discours prononcé devant le National Institute Representing High Technology Companies in Boston MA., 1998.

Nozick, R.S. « The Regulation of Price Discrimination under the *Combines Investigation Act* », 54 Revue du Barreau canadien, 309, 1976.

Paquet, G. « Evolutionary cognitive economics » , 10 Information Economics and Policy 343, 1998.

Phlips, L. et I. M. Moras. « The AKZO decision, a case of predatory pricing? », 41 The Journal of Industrial Economics 315, 1993.

Raines, J. P. « Common market competition policy, the EC-IBM settlement », 24 Journal of Common Market Studies 137, 1985.

Roberts, J., « A Signalling Model of Predatory Pricing », 28 Oxford Economic Papers 75, 1986.

Rosenbaum, D. I. et M.-H. Ye. « Price discrimination and economics journals », 29 Applied Economics 1611, 1997.

Ross, T. W. « Introduction, The Evolution of Competition Law in Canada », 13 Review of Industrial Organization 1, 1998.

Roth, D. « Rationalizable Predatory Pricing », 68 Journal of Economic Theory 380, 1996.

Rubinfeld, D. L. « Antitrust enforcement in dynamic network industries », 43 Antitrust Bulletin 859, 1998.

Saloner, G. « Predation, Mergers and Incomplete Information », 18 RAND Journal of Economics 165, 1987.

Scherer, F. M. « Some Last Words on Predatory Pricing », 89 Harvard Law Review 901, 1975-1976.

Schmalensee, R. « Output and welfare implications of monopolistic third-degree price discrimination », 71 American Economic Review 242, 1981.

Schwartz, A. G. et coll. « Predatory pricing, the courts, and public policy », 10 Eastern Economic Journal 259, 1984.

Schwartz, J. T. « America's economic-technological agenda for the 1990s », 121 Daedalus 139, 1992.

Schwartz, M. « Third-degree price discrimination and output, generalizing a welfare result » , 80 American Economic Review 1259, 1990.

Sheramata, W. O. « New issues in competition policy raised by information technology industries », 43 Antitrust Bulletin 547, 1998.

Slive, J. et D. Bernhardt. « Pirated for profit », 31 Revue canadienne d'économique 886, 1998.

Soete, L. et B. ter Weel. « Schumpeter and the knowledge-based economy, on technology and competition policy », Maastricht Economic Research Institute on Innovation and Technology Research Memoranda 99-04, 1999.

Stanbury, W. T. « The New Competition Act and Competition Tribunal Act, Not with a bang, but a whimper », 12 Revue canadienne du droit de commerce 2, 1986.

Stanbury, W. T. « An assessment of the merger review process under the Competition Act », 20 Revue canadienne du droit de commerce 422, 1992.

Stanbury, W. T. « Expanding Responsibilities and Declining Resources, The Strategic Responses of the Bureau de la concurrence », 13 Review of Industrial Organization 2, 1998.

Teece, D. J., « The meaning of monopoly, antitrust analysis in high-technology industries » , 43 Antitrust Bulletin 801, 1998.

Tiffany, F. G. et J. A. Ankrom. « The competitive use of price discrimination by colleges », 24 Eastern Economic Journal 99, 1998.

Williamson, O. E. « A preliminary response », 87 Yale Law Journal 1353, 1979.

Williamson, O. E. « Predatory Pricing, A Strategic and Welfare Analysis », 87 Yale L. J. 284, 1977.

Williamson, O. E. « Williamson on predatory pricing II », The Yale Law Journal 1183, 1979.

Varian, H. R., « Price discrimination and social welfare », 75 American Economic Review 870, 1985.

Young, L. et A. Bolbol. « Output fluctuations as entry deterrence, a model of predatory pricing », 25 Revue canadienne d'économique 89, 1992.

RAPPORTS ET PUBLICATIONS DU GOUVERNEMENT

Anderson, R. D. et J. Monteiro. *Market Definition in Abuse of Dominance Cases, The Pragmatic Approach of the Competition Tribunal,* le 1er septembre 1994.

Bureau de la politique de concurrence, *Prix d'éviction - Lignes directrices pour l'application de la Loi,* Ministre des Approvisionnements et Services Canada, Ottawa, 1992.

Bureau de la politique de concurrence, *Discrimination par les prix — Lignes directrices pour l'application de la Loi,* Ministre des Approvisionnements et Services Canada, Ottawa, 1992.

Bureau de la concurrence, *Rapport annuel du Directeur des enquêtes et recherches,* Ministre des Approvisionnements et Services Canada, Ottawa, 1994-1995, 1997-1998).

Bureau de la politique de concurrence, *Report of the Director of Investigation and Research, An Inquiry into Gasoline,* Imprimeur de la Reine, Ottawa, 1960.

Bureau de la concurrence, *Propriété intellectuelle — Lignes directrices pour l'application de la Loi* (projet pour consultation uniquement), 1999. (Internet: http://strategis.ic.gc.ca/SSF/ct01538f.html).

Bureau de la politique de concurrence, *Fusionnements - Lignes directrices pour l'application de la Loi,* Information Bulletin nº 5, Consommation et Corporations Canada, Ottawa, 1991.

Ministère de la Justice. *Proposals for a New Competition Policy for Canada, Second Stage*, Imprimeur de la Reine, Ottawa, 1977.

Ministère de la Justice. *Report on the Robinson Patman Act*, U.S. Dept. of Justice, Washington, D.C., 1977.

Department of Justice. Antitrust Division, *Statutory Provisions and Guidelines of the Antitrust Division*, 1997. (Internet: http://www.usdoj.gov/atr/foia/divisionmanual/ch2.htm).

Department of Justice, *Antitrust Guidelines for the Licensing and Acquisition of Intellectual Property*, U.S. Dept. of Justice, Washington, D.C., 1995.

Commission européenne. *Application of Articles 85-86 in the Member States*, 1995. (Internet: http://www.europa.eu.int./comm/dg04/entente/en/tabl.htm).

Commission européenne. *Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence*, 1997. (Internet: http://www.europa.eu.int./comm/dg04/entente/fr/relevma.htm).

Conseil économique du Canada. *Interim Report on Competition Policy*, Imprimeur de la Reine, Ottawa, 1969.

Commission européenne. *Green Paper on Vertical Restraints in EC Competition Policy*, 1996. (Internet: http://www.europa.eu.int./comm/dg04/entente/en/96721en.htm).

Commission européenne. *Communication concernant les accords d'importance mineure qui ne sont pas visés par les dispositions de l'article 85, par.1, du traité instituant la Communauté européenne*, 1997. (Internet : http://www.europa.eu.int./comm/dg04/lawenten/fr/s971799.htm).

Federal Trade Commission. *Promoting Competition, Protecting Consumers, A Plain English Guide to Antitrust Laws*, 1999. (Internet : http://www.ftc.gov/bc/compguide).

Office of Fair Trading, *Competition in the Supply of Petrol in the UK*, 1998.

Commission sur les pratiques restrictives du commerce du Canada. *Pricing Practices of Miss Mary Maxim Ltd.*, Imprimeur de la Reine, Ottawa, 1966.

Commission sur les pratiques restrictives du commerce du Canada. *Rapport concernant la distribution et la vente de l'essence dans la région de Toronto* (présumée distinction injuste en matière de prix de la part de Texaco Canada Limited), Imprimeur de la Reine, Ottawa, 1961.

Commission sur les pratiques restrictives du commerce du Canada, *Rapport concernant la distribution et la vente de l'essence dans la région de Toronto* (présumée distinction injuste en matière de prix de la part de la British American Oil Company Limited), Imprimeur de la Reine, Ottawa, 1961.

Commission sur les pratiques restrictives du commerce du Canada, *Rapport concernant la distribution et la vente de l'essence dans la région de Toronto* (présumée distinction injuste en matière de prix de la part de la Supertest Petroleum Corporation, Limited), Imprimeur de la Reine, Ottawa, 1961.

Rapport du Comité consultatif sur la modification de la Loi sur la concurrence, 1996.

Rapport de la Commission royale d'enquête sur les écarts de prix, Imprimeur de la Reine, Ottawa, 1935.

Skeoch, L. A. et B. C. McDonald. *Évolution dynamique et responsabilité dans une économie de marché du Canada,* Imprimeur de la Reine, Ottawa, 1976.

ALLOCUTIONS PRONONCÉES PAR DES MEMBRES DU PERSONNEL DU BUREAU DE LA CONCURRENCE

Addy, G N. Allocution devant l'Institut canadien, Toronto, le 10 mai 1996.

Ireland, D. J. « Notes pour une allocution sur les règles régissant les mesures anti-dumping et la politique de concurrence », allocution devant le Canada-US Law Institute, Cleveland, Ohio, le 23 janvier 1991.

Larabie-Lesieur, R. « Communications modernes et marchés internationaux - Défis d'application et pratiques commerciales déloyales : mise à jour au sujet des opérations et des priorités », allocution prononcée à la conférence sur la publicité trompeuse de l'Institut canadien, Toronto, le 23 octobre 1995.

Larabie-Lesieur, R. « La publicité trompeuse et les pratiques commerciales déloyales sous le régime de la *Loi sur la concurrence* », sans date.

Smith, P. « Quel est le lien entre la concurrence et la politique commerciale? », allocution prononcée à la 4e conférence annuelle de l'Association des importateurs canadiens, Toronto, le 25 septembre 1997.

Smith, P. « L'interface entre la politique et la concurrence et le droit de la propriété intellectuelle : courant de pensée actuel au sein du Bureau de la concurrence », allocution prononcée à la conférence sur le droit de la concurrence et les pratiques concurrentielles des entreprises, Toronto, 1998.

Smith, P. « Lignes directrices sur l'application de la *Loi sur la concurrence* à la propriété intellectuelle », allocution prononcée devant l'Association internationale pour la protection de la propriété intellectuelle, Montréal, 1998.

Wetson, H. I. « Développements récents en droit de la concurrence : le point de vue du Bureau de la politique de la concurrence », communication présentée au Barreau du Haut-Canada, Toronto, le 26 avril 1991.

Wetson, H. I. « Décisions et faits nouveaux : la loi et la politique de concurrence », allocution prononcée devant l'Institut canadien, Toronto, le 8 juin 1992.

Wetston, H. I. *Les activités conjointes de R-D sous le régime de la* Loi sur la concurrence, Consommation et Corporations Canada, Ottawa, 1988.

JURISPRUDENCE

Jurisprudence canadienne

947101 Ontario Limited Ltd. c. *Barrhaven Town Centre Inc. et al.* (1995), 121 D.L.R. (4th) 748 (Cour de l'Ontario, Division générale).

Acier d' armature Rô Inc. c. *Stelco Inc.* (1996), 69 C.P.R. (3d) 204 (C.A. du Québec).

Acquaire c. *Canada Dry Bottling Co.*, 24 F 2d. 401 (2d Cir., 1994).

Alex Couture Inc. c. *Canada* (1991), 38 C.P.R. (3d) 293 (C.A. du Québec).

Boehringer c. *Bristol Meyers Squibb*, [1998] O.J. No. 4007.

Canada c. *D. and B. Companies* (1995), 64 C.P.R. (3d) 216 (Trib. de la conc.).

Canada c. *Tele-Direct (Publications) Inc.* (1997), 73 C.P.R. 1 (Trib. de la conc.).

City National Leasing Ltd. c. *General Motors of Canada Ltd.* (1984), 3 C.P.R. (3d) 262 (H.C.J. de l'Ontario), confirmé par 24 C.P.R. (3d) 417 (C.S.C.).

Directeur des enquêtes et recherches c. Hillsdown Holdings (1992), 41 C.P.R. (3d) 289 (Trib. de la conc.).

Directeur des enquêtes et recherches c. Laidlaw Waste Systems Ltd., (1992) 40 C.P.R. (3d) 289 (Trib. de la conc.).

Directeur des enquêtes et recherches c. Nutrasweet Co. (1990), 32 C.P.R. (3d) 1 (Trib. de la conc.).

Directeur des enquêtes et recherches c. Southam, [1997] 1 R.C.S. 748.

Goldman c. *Hoffman La-Roche*, 16 C.P.R. (3d) 289 (C.A. de l'Ontario).

Helby c. *Matthews* [1895-99] All ER Rep. 821; [1895] A.C. 471 (H.L.).

Hurtig Publishers Ltd. c. *W.H. Smith Ltd.* (1989), 99 A.R. 70 (Cour du banc de la Reine de l'Alberta).

Mansoor Electronics Ltd. c. *BCE Mobile Communications Inc. et al.* (1995), 64 C.P.R. (3d) 165 (Cour fédérale, 1ère instance).

947101Ontario Ltd. (Throop Drug Mart) c. *Barrhaven Town Centre Inc.* (1995), 121 D.L.R. (4th) 748 (Cour de l'Ontario, Division générale).

R. c. *Allen Sloman Entreprises Ltd.* (non publiée, C.F.C., 29 mai 1972).

R. c. *Bristol-Myers Can. Ltd.* (non publiée, Cour de comté (District judiciaire de York, Toronto, Ontario), 27 juillet 1979).

R. c. *Bristol-Myers Can. Ltd.* (non publiée, Cour de comté (District judiciaire de York, Toronto, Ontario), 31 mars 1980).

R. c. *Campbell* (1979), 51 C.P.R. (2d) 284 (Cour de comté de la C.-B.).

R. c. *Camrost Group Ltd.*, (non publiée, Cour de district de l'Ontario, 10 mai 1985).

R. c. *Carnation Co.* (1969), 58 C.P.R. 112 (C.A. de l'Alberta).

R. c. *Clarke Transport Inc.* (1995), 64 C.P.R. (3d) 289 (Cour de l'Ontario, Division générale).

R. c. *Consumers Glass Co. and Portion Packaging* (1981), 33 O.R. (2d) 228 (H.C.).

R. c. *Eddy Match* (1927), 109 C.C.C. 14. (Cour du banc de la Reine du Québec)

R. c. *Fairmont Plating (Alta.) Ltd. and Fairmont Industries Ltd.*, (non publiée, C.S. de l'Alberta, 17 janvier 1977).

R. c. *Hoffman La-Roche Ltd.* (1980), 28 O.R. (2d) 164 (H.C.J.), confirmé par 125 D.L.R. (3d) 607 (C.A.).

R. c. *Howard* (non publiée, Police Court, South Burnaby C.-B., 19 mars 1958).

R. c. *Jacques Perreault* (non publiée, C.S. du Québec, 16 juin 1996).

R. c. *Les Must de Cartier Can. Inc.* (1989), 27 C.P.R. (3d) 37 (Cour de district de l'Ontario).

R. c. *Mary Maxim Knitting Wool* (non publié, Cour de l'Échiquier, 16 mai 1968).

R. c. *Mr. Gas Limited*, (non publiée, Cour de justice de l'Ontario (Division criminelle), 11 août 1995).

R. c. *Neptune Motors*, [1986] C.C.L. 7046 (Cour de district de l'Ontario).

R. c. *Petrofina Can. Ltd.* (1974), 20 C.P.R. (2d) 83 (Cour de district de l'Ontario).

R. c. *Philips Electronics Ltd.* (1980), 30 O.R. (2d) 129 (C.A. de l'Ontario).

R. c. *Ray*, (non publiée, Police Court, South Burnaby, C.-B., 11 décembre 1957).

R. c. *Royal Lepage Real Estate Services Ltd.*, (non publiée, Cour du banc de la Reine de l'Alberta, 24 octobre 1994).

R. c. *Salomon Can. Sports Ltée* (1968), 28 C.C.C. (3d) 240 (C.A. du Québec).

R. c. *Schelew* (1984), 78 C.P.R. (2d) 102 (C.A. du Nouveau-Brunswick).

R. c. *Simmons Ltd.*, (non publiée, Cour provinciale de l'Ontario, 15 octobre 1984).

R. c. *Station Mont. Tremblant Lodge* (non publiée, Cour fédérale, 1ère instance, 6 avril 1989).

R. c. *Sunoco* (1986), 11 C.P.R. (3d) 557 (Cour de district de l'Ontario).

R. c. *The Producers Dairy Ltd.* (1966), 50 C.P.R. (2d) 265 (C.A. de l'Ontario).

R. c. *William E. Coutts Co.* (1968), 67 D.L.R. (2d) 87 (C.A. de l'Ontario).

Upper Lakes Group Inc. c. *Office national des transports* (1995), 62 C.P.R. (3d) 167 (C.A.F.).

Jurisprudence américaine

Aspen Skiing Co. v. *Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585 (1985).

Brooke Group Ltd. v. *Brown and Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993).

Business Electronics Corp. v. *Sharp Electronic Corp.*, No. 85-1910 U.S.S.C. 1988.

Chroma Lighting v. *GTE Products Corp.*, 11 F. 2d 653 (9th Cir., 1997).

Simpson v. *Union Oil Co.*, 377 U.S. 13 (1964).

Sylvania Continental T.V., Inc. v. *GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36 (1977).

A.A. Poultry Farms, Inc. v. *Rose Acre Farms, Inc.*, 881 F. 2d 1396 (7th Cir., 1989), *cert. denied* 494 U.S. 1019.

U.S. v. *Aluminum Co. of America*, 148 F. 2d 416 (2nd Cir., 1945).
U.S. v. *Colgate & Co.*, 250 U.S. 300 (1919).

U.S. v. *U.S. Gypsum Co.*, 1977 CCH Trade Cas. 61238 (3d. Cir., 1977).

United States v. *General Electric*, 272 U.S. 476 (1926).

Jurisprudence européenne

AKZO Chemie BV c. *Commission*, [1991] 1 ECR 3359.

ARG c. *Commission*, [1983] E.C.R. 3151.

BPB Industries/British Gypsum, Dossier T-65/89, jugement du 1er avril 1993.

Hoffman-La Roche, J.O. 1976 L233/27 [1976] 2 C.M.L.R. D25.

Hoffman-La Roche c. *Commission*, [1979] E.C.R. 461.

Italian Flat Glass, J.O. 133 (7 décembre 1988).

Pronuptia de Paris c. *Irmgard Schillgallis*, [1989] ECR 353.

Suiker Unie c. *Commission*, [1975] ECR 163, 2003,[1976] 1 C.M.L.R. 295, 472.

Tetra Pak II, J.O. 1992 L72/1, [1992] 4 C.M.L.R. 551.

Annexe 4

ENTREVUES

A. Personnel du Bureau

Direction des affaires criminelles

Harry Chandler, sous-commissaire de la concurrence
Robert McCrone, sous-commissaire adjoint de la concurrence
James Walker, sous-commissaire adjoint de la concurrence
James Innes, agent de commerce principal
Anne Salvatore, agente de commerce principale
Charles Schwartzman, agent de commerce principal
Eugene Besruky, agent de commerce
Morgan Currie, agent de commerce
Lynne Leclair, agente de commerce
Suzanne Legault, agente de commerce
Tony Morrocco, agent de commerce
C.A. Page, agent de commerce

Unité des modifications

Donald Mercer, sous-commissaire

Centre de renseignements

Jeanne Faubert, gestionnaire par interim

Direction des affaires civiles

André Lafond, sous-commissaire de la concurrence
David McAllister, sous-commissaire adjoint par interim
Richard Taylor, sous-commissaire adjoint
Brian Chambers, agent de commerce principal
Madeleine Dussault, agente de commerce principale
Brian Linseman, agent de commerce principal
Christopher Broadbent, agent de commerce
Dave Doherty, agent de commerce
Natalie Joly, agente de commerce
Carole Lederer, agente de commerce
Robert Yip, agent de commerce

Direction de l'économie et des affaires internationales

Gwill Allen, sous-commissaire adjoint
Anindya Sen, économiste

B. Autres entrevues

Daniel Bellemare,
Centre d'études sur les industries réglementées, Université McGill

Paul Crampton,
Davies, Ward & Beck

Dan McTeague,
Député

Frank Roseman

John Scott,
Fédération canadienne des épiciers indépendants

Manju Sekhri,
Independent Retail Gasoline Marketers Association

Colleen Vanderkercove,
Col-Rob Holdings Ltd.

Fred Wade,
Wade Enterprises Ltd.

Garth Whyte,
André Piché,
Fédération canadienne de l'entreprise indépendante

Barry Zalmanowitz,
Fraser Milner

Annexe 5

AUTEURS DU RAPPORT

La présente étude a été réalisée par J. Anthony VanDuzer et Gilles Paquet de l'Université d'Ottawa avec l'aide de Derek Smith et Lorne Ptack, tous deux étudiants en droit à la Section de common law de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa.

J. Anthony VanDuzer est professeur agrégé à la Section de common law de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa. Avant d'être engagé par la Section de common law en 1989, dont il a été par la suite vice-doyen, M. Vanduzer a pratiqué le droit commercial et le droit des sociétés à Toronto auprès de l'étude Fasken & Calvin (actuellement Fasken Campbell Godfrey). À la Faculté de droit, le professeur VanDuzer enseigne différents cours en droit des affaires, y compris celui sur les transactions d'affaires internationales. C'est également lui qui donne le cours de gestion multinationale du programme MBA pour cadres de l'Université d'Ottawa. Il a fourni des avis au Bureau canadien de la concurrence concernant les modifications aux dispositions de la *Loi sur la concurrence* se rapportant aux avis de fusionnements, et il a effectué des recherches pour le compte du Bureau sur les perspectives d'une entente internationale en droit de la concurrence. Le professeur VanDuzer a fait office de conseiller auprès de la société d'avocats Macleod Dixon sur les questions ayant trait au droit de la concurrence et au droit commercial.

Au nombre des ouvrages publiés par le professeur VanDuzer, mentionnons un ouvrage sur les avis de fusionnements en vertu de la *Loi sur la concurrence* (en collaboration avec Albert Gourley) ainsi que des articles sur divers points du droit des affaires et du droit commercial, y compris sur la concurrence et la propriété intellectuelle. Il est également l'auteur (en collaboration avec Albert Gourley) du chapitre sur le droit de la concurrence du *Canada Corporations Law Reporter*. Il est titulaire d'un baccalauréat ès arts de l'Université Queens, d'un baccalauréat en droit de l'Université d'Ottawa et d'une maîtrise en droit de l'Université Columbia.

Gilles Paquet a fait ses études supérieures d'économie à l'Université Laval, à l'Université Queen's et à l'Université de Californie où il a été titulaire d'une bourse d'études postdoctorales en économie. Il a été doyen de la Faculty of Graduate Studies and Research de l'Université Carleton dans les années 70 et de la Faculté d'administration de l'Université d'Ottawa dans les années 80. Le professeur Paquet a beaucoup écrit et compte à son actif plus de 250 communications ou contributions sur diverses questions, allant de l'histoire économique du Canada à la gouvernance et à la gestion publique, en passant par le développement régional et industriel, le commerce et la technologie. On lui doit également en qualité d'auteur, de co-auteur ou de directeur de publications plus de 25 ouvrages. Il a été président de la Fédération canadienne des sciences sociales et d'un grand nombre d'autres associations canadiennes. Il a été secrétaire-trésorier de l'Association canadienne d'économique de 1967 à 1981. À la fin de 1997, il a été nommé directeur du Centre d'études en gouvernance de l'Université d'Ottawa.

Le professeur Paquet est membre de la Société Royale du Canada et de la Royal Society of Arts of London. Il a été récipiendaire, en 1982, de la médaille Jacques-Rousseau, rendant hommage à son importante contribution de caractère pluridisciplinaire et, en 1989, de la médaille Esdras-Minville pour l'ensemble de ses travaux en sciences sociales. En 1992, il a été nommé membre de l'Ordre du Canada et, en 1993, il a reçu le prix d'excellence en recherches de l'Université d'Ottawa. Entre 1978 et 1991, il a participé régulièrement en tant qu'intervieweur, commentateur et animateur à des émissions de la radio nationale ou du réseau de télévision de Radio-Canada. Entre 1992 et 1997, il a été éditorialiste au journal Le Droit. Depuis 1995, il est membre de STUDIO 2, qui livre une chronique hebdomadaire sur l'actualité nationale à TV Ontario.